

## UNA GIUSTIZIA SENZA VIOLENZA, NÉ STATO, NÉ DIRITTO<sup>(\*)</sup>

*Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*

di Roberto Bartoli

*La giustizia riparativa costituisce un paradigma alternativo alla giustizia punitiva che tuttavia non è incompatibile con quest'ultima, ma anzi complementare, nel senso di capace di completarla a cominciare dallo spazio riconosciuto alla vittima. La grande sfida è guardare alla giustizia riparativa con lenti diverse e nuove rispetto a quelle forgiate per guardare la giustizia punitiva. Ciò significa per gli avvocati non irrigidirsi in una concezione dei principi di garanzia elaborati in vista della pena; per il giudice compiere un passo indietro ed accogliere l'esito riparativo positivo, senza compiere valutazioni ulteriori.*

SOMMARIO: 1. Una premessa sulle lenti con cui guardare la giustizia riparativa. – 2. Le differenze tra giustizia punitiva e giustizia riparativa. – 2.1. Gli esiti. – 2.2. I protagonisti. – 2.3. I gestori. – 2.4. Un accenno ad alcune delle differenze ulteriori. – 3. Il significato delle differenze. – 3.1. In rapporto all'idea di giustizia. – 3.2. ... al costituzionalismo. – 3.3. ... al concetto di "giuridico" e all'antropologia. – 4. Il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa: la complementarità. – 4.1. I modelli di rapporto complementare. – 5. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia. – 5.1. Alcune questioni problematiche. – 6. Spunti di riflessione sulla giustizia riparativa attraverso la letteratura. – 7. Una preziosissima testimonianza: le parole di Agnese Moro sulla giustizia riparativa.

### 1. Una premessa sulle lenti con cui guardare la giustizia riparativa.

Affrontare il tema della giustizia riparativa non può che creare enorme imbarazzo al giurista, per la semplice ragione che tale forma di giustizia costituisce un paradigma giuridico davvero del tutto peculiare, qualificato, a ragione, rivoluzionario. Ed infatti, come vedremo meglio in seguito, esso ha in sé molto della giustizia sostanziale e relazionale e molto poco del diritto formale e istituzionale, un paradigma che addirittura potremmo definire senza violenza, né Stato, né diritto. Certo, sempre come vedremo, questo paradigma è costituito anche da una componente che si interfaccia con il sistema punitivo tradizionale e quindi con lo Stato e il diritto, esigendo una regolazione normativa oltretutto molto delicata. Ma il suo cuore, vale a dire il percorso riparativo/mediativo in senso stretto intrapreso dai diretti protagonisti della vicenda

---

<sup>(\*)</sup> È il testo scritto della relazione tenuta al Convegno *La Riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*, svoltosi a Trento nei giorni 24-25 marzo 2023, testo destinato ad essere raccolto negli Atti che saranno pubblicati a cura delle professoressse Antonia Menghini ed Elena Mattevi.

criminosa, ha, in definitiva, nella sua essenza, quelle caratteristiche dirompenti alle quali abbiamo appena fatto cenno.

È sufficiente leggere la definizione che ne dà la riforma Cartabia per rendersi conto di come si abbia a che fare con una realtà completamente diversa da quella punitiva: ai sensi dell'art. 42.1, lett. a), d.lgs. n. 150/2022, è giustizia riparativa «ogni programma che consente alla vittima del reato e alla persona indicata come autore dell'offesa ed ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore».

E arrivo subito al "dunque": se noi ci ostineremo a guardare alla giustizia riparativa con i soliti occhi, con il solito sguardo, con le solite lenti, con le stesse categorie che sono proprie della giustizia punitiva, è del tutto ovvio e naturale che vedremo la giustizia riparativa con enorme diffidenza o insofferenza, se non addirittura con vera e propria ostilità: i sostenitori delle istanze punitive vedranno in essa un inammissibile lassismo e "buonismo" che addirittura premia l'autore del male; coloro che invece muovono da una visione liberale la considereranno in rotta di collisione con i principi del garantismo penale, nonché venata da coloriture eticizzanti, per non dire confessionali. Entrambe le letture, solo in apparenza diverse, sono in realtà il frutto di una stessa prospettiva imprigionata nell'idea che l'unica risposta possibile al reato sia quella basata sulla giustizia punitiva, sulla corrispondenza del male con il male, della violenza con la violenza. Con la conseguenza che, seguendo tale prospettiva, con molta probabilità questa parte della riforma Cartabia sarà destinata a un inesorabile fallimento.

Ma se invece avremo il coraggio di adottare un nuovo modo di vedere le cose ed entreremo in piena sintonia con questa forma di giustizia, allora sapremo cogliere una sfida che non esito a definire epocale. Da un lato, infatti, essendo orientata a ricomporre i legami relazionali e sociali compromessi dal reato, la giustizia riparativa è capace di creare una risposta al reato non soltanto non violenta e quindi più umana, non soltanto meno statale e quindi più sociale, ma addirittura meno formale e normativa e quindi più sostanziale e personale, vale a dire maggiormente a misura delle reali esigenze di ciascuno di noi. Dall'altro lato, la giustizia riparativa non si sostituisce a quella punitiva, ma la completa da tanti punti di visti, a cominciare dal riconoscimento attribuito alla vittima, completamente assente nella giustizia punitiva.

E il risultato finale sarebbe di non poco conto: ridimensionando la componente violenta, si stempererebbe la permanente tendenza della politica a strumentalizzare il diritto penale e si verrebbe a creare un sistema che potrebbe avvicinarsi con un passettino ulteriore a quell'ideale di giustizia tanto difficile da definire in astratto, ma anche tanto chiaramente avvertito sul piano personale ogni volta che si subisce un'aggressione ingiustificata.

## **2. Le differenze tra giustizia punitiva e giustizia riparativa.**

La giustizia riparativa, come accennato, è stata definita rivoluzionaria. Ormai lo si dice, lo si scrive e lo si legge dappertutto, forse anche troppo, con il rischio di

assuefazione e di inflazionare questa espressione, smarrendone così l'alto valore e significato.

Tuttavia, la giustizia riparativa è autenticamente una giustizia rivoluzionaria. A dimostrarlo stanno le enormi differenze che intercorrono tra di essa e quella punitiva e che è sempre opportuno ribadire. Qui vorrei metterne in evidenza tre tra le più significative.

### *2.1. Gli esiti.*

La prima differenza riguarda gli esiti, le conseguenze derivanti dal reato. La giustizia punitiva è una giustizia violenta, perché si basa su una sanzione che ha un contenuto afflittivo, vale a dire un contenuto che in termini più o meno diretti incide su beni personalissimi, a cominciare dalla libertà personale. Se poi ci si concentra sulla pena principe del carcere, essa è addirittura annientante della persona, in virtù della sua pervasività disciplinatoria.

Non solo, ma, a ben vedere, la giustizia punitiva si muove nella stessa logica della vendetta, potendo essere considerata una forma di giustizia che risponde al più generale paradigma vendicativo. Una retorica illuministica e stalinistica, basandosi sul criterio del gestore della violenza, ha propagandato l'idea che mentre l'esercizio della violenza da parte dei privati sarebbe di per sé ingiusto, costituendo per l'appunto vendetta, l'esercizio della violenza da parte pubblica sarebbe invece non vendetta, e quindi per l'appunto giustizia. Tuttavia, a ben vedere, le cose non stanno propriamente in questi termini, se si considera che anche la giustizia pubblica, al pari di quella privata, può essere una giustizia "ingiusta" in ragione dei suoi possibili eccessi e abusi derivanti dall'esercizio della violenza. Ecco allora che se si adotta come criterio per identificare la vendetta, non più la titolarità del potere punitivo, ma la violenza che sta alla base della risposta sanzionatoria, ci si rende conto come la violenza e quindi la vendetta caratterizzino sia la giustizia privata che quella pubblica, con tutti i rischi di eccesso che conosciamo. Insomma, non riusciamo a scorgere alcuna differenza tra un privato che in risposta a un reato cagiona con le proprie mani la morte dell'autore dell'offesa e uno Stato che per la stessa ragione esegue una condanna a morte.

Ancora più a fondo si deve osservare come, a ben vedere, tutto il nostro ordinamento degli illeciti, compresi quelli civili, amministrativi etc., si basi sull'idea della forza e quindi della violenza. Mentre nella giustizia punitiva la violenza è già contenuta direttamente nella stessa sanzione, negli altri ambiti del diritto la sanzione di per sé non risulta violenta, ma quest'ultima interviene comunque a chiusura del sistema attraverso la coercizione (si pensi all'esecuzione forzata). Avremo modo di tornare sul punto.

La giustizia riparativa è invece una giustizia priva non solo di violenza, ma anche della stessa componente coercitiva che caratterizza qualsiasi sanzione, poiché tutto il sistema si basa su un'adesione volontaria e consensuale. Volontaria e consensuale è la partecipazione al percorso, così come l'esito del percorso riparativo consiste nell'assunzione di impegni da parte non solo della persona indicata come autore, ma, a

volte, anche della vittima, impegni che hanno un contenuto riparativo in quanto costituiscono non il frutto di una pretesa, ma piuttosto un'offerta frutto dell'ascolto che si fa interprete delle altrui esigenze di riconoscimento. E se non ci si attiene agli impegni, nessuno può costringere alcuno ad adempiere, determinandosi "semplicemente" il fallimento del percorso riparativo.

Se in termini sintetici si volesse esprimere l'esito della giustizia riparativa, potremmo parlare di un reciproco riconoscimento della persona che è nell'altro: l'autore riconosce la persona della vittima che ha disconosciuto attraverso la realizzazione del reato; la vittima riconosce la persona che è dell'autore e che tende a negare in virtù del fatto che è stata autrice di sofferenza. Insomma, il reato produce uno strappo relazionale e la giustizia riparativa opera per rammendarlo.

Quanto detto ci consente anche di chiarire la differenza concettuale che intercorre tra la giustizia riparativa e quella riparatrice. L'idea riparatrice implica una logica sanzionatoria e quindi si basa o su una coercizione (come in ambito civile) oppure si lega alla categoria della non punibilità in ambito penalistico, per cui il soggetto, sotto la minaccia di poter andare incontro a una pena, adotta determinati comportamenti aventi un contenuto riparatrice: in entrambe le ipotesi la mancata riparazione determina l'attivazione di conseguenze negative e quindi l'adozione dei comportamenti è anche conseguenza di una pressione a carattere special-preventivo. La giustizia riparativa, invece, come visto, è un concetto interamente basato sulla volontarietà e la consensualità, che addirittura potremmo definire spontaneo. Certo, anche utilitaristico e quindi a rischio di strumentalizzazione. Ma anche ad alto tasso di smascheramento in virtù del confronto diretto tra autore e vittima.

## *2.2. I protagonisti.*

La seconda differenza che intercorre tra giustizia punitiva e giustizia riparativa riguarda i soggetti protagonisti. Nella giustizia punitiva protagonista è non solo e non tanto la società, quanto piuttosto lo Stato che assorbe e istituzionalizza le istanze sociali di giustizia e quindi i soggetti attraverso i quali lo Stato opera, vale a dire il giudice, l'apparato inquirente e l'amministrazione penitenziaria; le persone indicate come autore e vittima sono invece collocate ai margini del sistema. L'autore, silente durante tutto il procedimento, compare nella sua persona al momento della condanna, quando, riconosciuta la sua responsabilità, le viene scagliata addosso la violenza della pena. Certo, attraverso la prevenzione speciale, si tende a umanizzare e personalizzare la pena, valorizzando un dialogo che altrimenti la mera afflizione non consentirebbe. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come questa combinazione si basi su una contraddizione di fondo, visto che tiene assieme due realtà difficilmente compatibili, e cioè per l'appunto la violenza con l'obiettivo dialogante della prevenzione speciale: insomma, risulta difficile, se non impossibile, percuotere e al contempo intessere un dialogo con il percorso.

Del tutto assente invece la vittima del reato. Dal punto di vista strettamente penalistico, l'offesa del reato assume caratteri astratti e pubblicistici, anche quando

riguarda beni personalissimi della vittima, con la conseguenza che l'offesa concreta alla persona della vittima non assume mai rilevanza, tranne che ai fini della querela, destinata ad attivare, in virtù della remissibilità, riparazione civilistiche. Ecco che, dal punto di vista civilistico, là dove persona offesa e danneggiato coincidano, è indubbio che si possa procedere al risarcimento del danno, anche con qualche connotazione – per così dire – punitiva, ma il danno è comunque cosa diversa non solo dall'offesa penale pubblicistica, ma anche da quella autenticamente personalistica sofferta dalla vittima. Insomma, il sistema di giustizia nel suo complesso non è in grado di farsi carico di ciò che potremmo definire il dolore personalistico della vittima in carne ed ossa sofferto attraverso l'esperienza concreta del reato, perché tale dolore rileva su un piano completamente diverso da quello in cui operano i meccanismi sanzionatori penale e civile.

Nella giustizia riparativa protagonisti sono gli stessi soggetti della vicenda criminosa ovvero le persone indicate come autore e vittima, nonché, là dove si intende allargare lo spettro delle persone coinvolte, soggetti che appartengono alla società e sono legate alla vicenda criminosa (si pensi ai familiari). Tutte queste persone, senza filtri o rappresentanze, iniziano un percorso di confronto all'interno del quale esprimono la propria persona. Ecco che la grande novità è offerta proprio dalla possibilità riconosciuta alla vittima, la grande assente della giustizia punitiva, di esprimere la propria persona, il proprio dolore, il proprio vissuto dell'esperienza reato a tutto tondo e dalla sua autentica prospettiva che trascende il mero fatto.

Un approfondimento meritano poi le figure terze del giudice e del mediatore. Nella giustizia punitiva si deve immaginare una sorta di triangolo isoscele verticale e statico, che ha al vertice il giudice e agli angoli della base il pubblico ministero e il difensore. Il giudice è terzo nel senso di imparziale ovvero è equidistante, per certi aspetti indifferente alle parti, e proprio grazie a questa equidistanza può compiere quell'attività di qualificazione, valutazione e decisione che contraddistingue la sua funzione. Nella giustizia riparativa, si deve immaginare una sorta di triangolo orizzontale e dinamico, dove il mediatore si trova tra le persone indicate come autore e vittima, in una posizione di terzietà che non implica imparzialità, ma piuttosto vicinanza ad entrambi i soggetti, vale a dire equiprossimità. Durante il percorso, il mediatore progressivamente si ritrae per lasciare spazio alle parti e mentre si ritrae le parti si avvicinano fino all'incontro. Ecco che il mediatore non deve qualificare, né giudicare, né decidere, ma deve agevolare l'incontro ovvero “pragmaticamente” eliminare le ragioni del conflitto e della distanza che possono essere individuate e comprese partendo soltanto dalle persone e dalle relazioni concrete.

### 2.3. I gestori.

La terza differenza riguarda il potere che gestisce queste forme di giustizia. La giustizia punitiva è gestita dal potere pubblico e più precisamente dallo Stato, vale a dire dal potere pubblico per eccellenza: il diritto punitivo è previsto, applicato, eseguito dallo Stato. Si può parlare tranquillamente di un vero e proprio monopolio punitivo da parte

dello Stato. Come già accennato, si potrebbe dire che alla fine la giustizia punitiva è gestita per conto della società da parte dello Stato, il quale assorbe e incanala le istanze di giustizia espresse dalla società.

La giustizia riparativa è invece una forma di giustizia a carattere non solo sociale, ma anche relazionale. Si tratta di un punto molto delicato, sul quale avremo modo di tornare in modo più approfondito in seguito. Ed infatti, affermare che si tratta di una giustizia sociale non significa che essa non abbia un rapporto con la giustizia punitiva e statale, anzi, come accennato e come vedremo, ce l'ha necessariamente. Piuttosto significa che il percorso mediativo in senso stretto costituisce una realtà dove lo Stato è totalmente assente per dare spazio ai protagonisti della vicenda criminosa e più in generale alla comunità sociale all'interno della quale il fatto è stato realizzato.

#### *2.4. Un accenno ad alcune delle differenze ulteriori.*

In verità, le differenze che intercorrono tra giustizia punitiva e giustizia riparativa sono molte di più ed attengono ai più svariati ambiti della dimensione giuridica. Così, ad esempio, per stare soltanto all'ambito normativo, mentre la giustizia punitiva è formale, si basa su forme, a cominciare dalle norme sostanziali e procedurali; la giustizia riparativa è sostanziale, perché consiste in percorsi di confronto relazionale anche a carattere emotivo che cercano di andare alla causa della conflittualità, del conflitto che ha prodotto il reato o che dal reato è scaturita.

Inoltre, e conseguentemente, mentre la giustizia punitiva è normativa, perché si fonda su norme e sulla loro interpretazione, necessitando così di operatori che possiedono competenze tecniche specifiche; la giustizia riparativa è invece relazionale, perché pone al centro la relazione intersoggettiva tra persone indicate come autore e vittima e il percorso relazionale, consistente in una vera e propria dinamica esperienziale, può portare alla trasformazione non solo della relazione intersoggettiva, ma addirittura di se stessi attraverso la relazione con l'altro.

Infine, la giustizia punitiva in quanto normativa è astratta e generalizzante, nonché etichettante e categoriale, per cui punto di riferimento è sempre o la collettività oppure un'idea di uomo e anche là dove si spinge verso un maggiore dettaglio assume connotati pur sempre categoriali; la giustizia riparativa in quanto relazionale e proprio perché pone al centro i reali protagonisti della vicenda è concreta e particolareggiante, riferendosi direttamente alla persona in carne ed ossa e alla relazione tra persone in carne ed ossa.

### **3. Il significato delle differenze.**

Se quanto abbiamo detto fino a qui ha una sua plausibilità, risulta del tutto evidente come giustizia punitiva e giustizia riparativa siano due paradigmi strutturalmente diversi.

Adesso vorrei soffermarmi sul significato di queste differenze, il quale, a mio avviso, consente di mettere ancor più in evidenza il carattere rivoluzionario della giustizia riparativa. Il modo di procedere sarà sempre basato sulla comparazione tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, rapportandole al concetto di giustizia, al costituzionalismo e a ciò che potremmo definire “il giuridico” da intendersi come concreta esperienza di giustizia.

### *3.1. In rapporto all'idea di giustizia.*

Con riferimento al concetto di giustizia, è indubbio che quella punitiva sia una giustizia indispensabile per la nostra società, fondamentale per la sua stabilizzazione: ai fini della nostra convivenza pacifica non si possono non avere precetti basati sulla minaccia di pene e queste pene minacciate non possono che essere irrogate ed eseguite per dare credibilità al sistema. Sarebbe un'utopia pensarla diversamente. Ma quanto è frustrante la giustizia punitiva! Molto spesso si ha l'impressione di un enorme marchingegno che opera nella stragrande maggioranza delle volte mancando il bersaglio oppure colpendolo grazie a una casuale combinazione di fattori, ma in una forma che nella sostanza non si può definire giusta, perché manca sempre qualcosa oppure v'è un eccesso di qualcosa. E ciò, sia se si guarda al sistema nella sua interezza, nella sua prospettiva – per così dire – distributiva, sia se si guarda alla vicenda concreta. Come non possono venire alla mente le tante pagine di Franz Kafka o di Friedrich Dürrenmatt che si occupano di giustizia nella modernità, le quali, se, da un lato, possono apparire assurde ed eccentriche, dall'altro lato, per chi è operatore del diritto, risultano veritiere e familiari, perché capaci non solo di descrivere esattamente quanto effettivamente accade nella realtà, ma soprattutto di suscitare quel sentimento di frustrazione che si esperisce identico nell'esperienza della giustizia quotidiana.

Ma forse potremmo dire di più. Riguardo all'autore, abbiamo già messo in evidenza come la giustizia punitiva si basi su un raddoppio del male, su un raddoppio dello strappo e della rottura e quindi alla fin fine su un raddoppio della violenza. Ebbene, se questo è vero, rispetto all'autore la giustizia punitiva finisce anche – per così dire – per raddoppiare il torto: proprio in virtù di questa corrispondenza del male con il male, se da un lato, grazie alla corrispondenza, si può affermare che c'è giustizia, dall'altro lato, essendo oggetto di tale corrispondenza il male, non si può che scorgere una componente d'ingiustizia. La giustizia punitiva, potremmo dire, nasce come ingiusta, dopo di che si opera e ci si attiva per renderla giusta, per darle equilibrio, ragionevolezza, per impedirle quegli eccessi che la renderebbero ingiusta proprio come ingiusto è il torto da cui scaturisce, che la renderebbero un'ingiustizia per certi aspetti ancora più grave del torto commesso rispetto al quale reagisce, perché realizzata proprio da chi deve fare giustizia. Insomma, la giustizia punitiva ha in sé il seme dell'ingiustizia, della stessa ingiustizia che caratterizza il fatto commesso, e questo seme sta proprio nella violenza che rende inevitabilmente e intrinsecamente ingiusta la giustizia punitiva.

Riguardo alla vittima, la giustizia punitiva non è in grado di farsi carico delle sue istanze reali. La vittima è estromessa dal sistema di giustizia. Non solo la giustizia

punitiva non è in grado di riparare ad alcunché, ma la giustizia punitiva non può che generare frustrazione proprio perché le istanze della vittima non sono minimamente prese in considerazione. Nel sistema punitivo, quindi, o la vittima viene meramente strumentalizzata per finalità politiche e mediatiche oppure viene totalmente trascurata per come è strutturato il sistema, risultando del tutto inevitabile che la vittima non risulti mai soddisfatta da questo sistema.

La giustizia riparativa tende ad operare proprio là dove la giustizia punitiva non è in grado di operare. Con riferimento all'autore, proprio perché non basata sulla violenza, risulta completamente diversa: se, da un lato, non nasce come giusta, perché la giustizia si compie soltanto mediante un percorso che ha come esito finale il riconoscimento e la riconciliazione, dall'altro lato, però, non nasce come ingiusta proprio perché priva di violenza. Quella corrispondenza/sequenza tra male cagionato e male subito si rompe, venendo in gioco un percorso dove la persona indicata come autore non subisce alcun male, mentre si adopera per riparare l'offesa personalistica, il dolore della vittima attraverso un suo riconoscimento. Ecco che, conseguentemente, con riferimento alla vittima, è proprio quest'ultima che diviene il principale punto di riferimento, ma non come espressione di istanze vendicatorie, ma come espressione di istanze personalistico-relazionale: sia perché finalmente le viene data voce affinché esprima il suo dolore personalistico, sia perché attraverso le condotte riparative ottiene un riconoscimento compromesso dalla realizzazione del reato.

### 3.2. ... *al costituzionalismo.*

In rapporto al costituzionalismo, si deve avere il coraggio di mettere a confronto in termini sostanziali la giustizia punitiva e quella riparativa con i suoi capisaldi rappresentati dall'eguaglianza, dal personalismo e dalla rieducazione: il quadro che ne esce non può non far riflettere.

Iniziando dall'art. 3 Cost., per quanto riguardo la giustizia punitiva, ci dobbiamo chiedere se davvero essa faccia in modo che tutti i cittadini abbiano parità sociale; se davvero attraverso la giustizia punitiva la Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti alla vita del Paese.

La risposta, che è sotto gli occhi di tutti, non può che essere negativa. Certo, l'autore non può essere messo sullo stesso piano della vittima, ci mancherebbe: si violerebbe il principio di eguaglianza, visto che l'autore deve essere trattato in modo diverso dalla vittima. D'altra parte, dalla complessiva vicenda punitiva, soprattutto se a carattere carcerario, l'autore esce mortificato, umiliato, marchiato, svilito e quindi necessariamente discriminato, con la conseguenza che è proprio il punitivo che impedisce il pieno sviluppo della persona umana. Per non dire quanto contrastino con l'eguaglianza i sistemi preventivi basati sui concetti di pericolosità: da un lato, gli imputabili pericolosi finiscono per andare incontro a conseguenze contenutisticamente identiche a quelle della pena; dall'altro lato, i destinatari delle misure di prevenzione

vanno incontro a limitazioni di diritti fondamentali come la libertà di circolazione, pur non avendo commesso alcun fatto di reato. Insomma, l'attuale sistema della penalità produce soltanto etichettamenti nella sostanza invincibili, producenti effetti negativi ben al di là della singola vicenda criminosa. Alla stessa stregua, la circostanza che alla vittima non sia dato alcun ascolto, permanendo nella frustrazione del proprio dolore inespresso, viene negata parità sociale e mantenuti gli ostacoli che impediscono alla sua persona di esprimersi e di tornare alla piena realizzazione di sé.

Per quanto riguarda la giustizia riparativa, qui davvero si creano le condizioni per la parità sociale e si eliminano ostacoli allo sviluppo della persona: il conflitto che sta alla base o scaturisce dalla vicenda criminosa è senza dubbio un ostacolo che impedisce lo sviluppo della persona umana. Ecco che soltanto attraverso la sua rimozione e la ricostituzione dei legami sociali si può consentire un ritorno alla piena espressione della persona. Insomma, si ricostituiscono le reali condizioni per una convivenza pacifica.

Con riferimento all'art. 27.1 Cost., per cui la responsabilità penale è personale, per quanto riguarda la giustizia punitiva, ci dobbiamo chiedere se si tratti di un autentico personalismo: davvero attraverso tale principio si conforma il sistema penale alla persona oppure si tratta di un principio indispensabile per evitare abusi oltretutto gravi, se non gravissimi nell'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, da parte della giustizia punitiva? A ben vedere, la personalità della responsabilità penale, senz'altro espressione del più alto personalismo, tuttavia non è in grado di fare esprimere al meglio la persona, ma piuttosto si limita a porre confini invalicabili di contenimento del potere punitivo. Non solo, ma si tratta di un principio che riguarda soltanto il reo, non anche la vittima, che risulta del tutto trascurata dal nostro costituzionalismo penale.

Diversamente, riguardo alla giustizia riparativa, il personalismo si concretizza in un reale ed effettivo coinvolgimento delle persone sia dell'autore che della vittima, senza intermediazioni o sostituzioni, ma facendo in modo che siano i diretti protagonisti a parlare. E poiché ci si sposta dai fatti alle persone, dal disvalore del fatto al conflitto e quindi si apre a un contesto relazionale molto più ampio, le persone finiscono per essere coinvolte nella loro pienezza e in termini positivi, affinché si esprimano.

Infine, si raffrontino giustizia punitiva e giustizia riparativa con il principio di rieducazione di cui all'art. 27.3. Cost. Riguardo alla giustizia punitiva, è indiscusso che la rieducazione giochi un ruolo in termini di umanizzazione e personalizzazione. Essa infatti ha permesso di migliorare il nostro sistema sanzionatorio imponendo un contenuto meno afflittivo e più progettuale calibrato sulla persona e sul suo coinvolgimento, meno segregante ed escludente e di maggiore integrazione con la società. Ma non ci possiamo dimenticare la pulsione strumentalizzante insita nel concetto e nella funzione di rieducazione, destinata ad affermarsi ogni volta che lo Stato mette le mani sul reo. Insomma, un conto è la rieducazione come principio che deve ispirare il nostro ordinamento; un conto è la rieducazione praticata in concreto dall'ordinamento allorché il reato si trova nelle mani del giudice o dell'amministrazione penitenziaria. Nel punitivo il concetto di rieducazione/risocializzazione implica necessariamente un'adesione a un qualcosa che è inevitabilmente imposto da altri, in termini oltretutto generalizzati e impersonali sia in ordine al proponente (lo Stato, la società) che al contenuto (i valori), con la conseguenza

che la rieducazione ha strutturalmente in sé un ineliminabile rischio di strumentalizzazione e manipolazione. Nel momento in cui il reo è nelle mani dell'ordinamento, l'ordinamento non lo molla più fino a quando non si sente dire quello che si vuol sentir dire: si pensi alla tendenza, in presenza di una non avvenuta rieducazione, a incrementare il carico afflittivo oppure all'idea di identificare la mancata rieducazione con la pericolosità sociale, giustificandosi così la perpetrazione di trattamenti afflittivo-preventivi. Il punto è di grandissima rilevanza ed estrema delicatezza, meritando la massima attenzione anche a causa di un rischio di eccesso di enfattizzazione della rieducazione. Inoltre, in virtù della insondabilità dell'animo umano (per fortuna!!!), la valutazione dell'avvenuta rieducazione finisce per passare dall'adesione, oltretutto meramente esteriore, alle richieste da parte dell'ordinamento, che possono rivelarsi del tutto indebite oppure vessatorie. Ecco che, da un lato, come accennato, v'è una forte contraddizione tra afflizione e rieducazione, dall'altro lato, le pene non possono che tendere alla rieducazione, e se ciò costituisce una tutela per il reo, tuttavia rappresenta anche un limite alla rieducazione stessa.

Per quanto riguarda la giustizia riparativa, la rieducazione finisce per subire una vera e propria trasformazione perché da quel confronto "astratto" e impersonale tra il reo e i valori dell'ordinamento che caratterizza la giustizia punitiva ovvero tra il reo e lo Stato, si trasforma in un vero e proprio percorso relazionale di responsabilizzazione, da intendersi come assunzione di responsabilità e consapevolezza di quanto accaduto, e ciò proprio grazie al contatto diretto tra autore e vittima. Si apre all'altro vero, concreto, in carne ed ossa, che oltretutto esprime direttamente e autenticamente il proprio dolore e la propria esperienza. Il reo allora deve fare i conti non soltanto con il fatto e con i valori pubblicistici, ma con le sue più ampie conseguenze sia in termini di effetti che di persone. Davanti a lui non stanno lo Stato, la società, i valori, ma una persona in carne ed ossa.

A conclusione di questo confronto, si può osservare come mentre i principi di garanzia elaborati dal costituzionalismo rispetto al punitivo riguardino soltanto l'autore in una prospettiva – per così dire – negativa e di limiti, vale a dire di difesa dai rischi di eccesso della violenza dello Stato, i principi del costituzionalismo rispetto alla giustizia riparativa non solo riguardano sia l'autore che la vittima, ma soprattutto non operano in termini negativi di garanzia, di limite, di barriera nei confronti dell'operato dello Stato, bensì in termini positivi, proattivi, di concreto sostegno e implementazione. Insomma, nel momento in cui si passa dalla violenza alla non violenza, muta non solo il ruolo dei principi ma anche la loro stessa configurazione, così come muta lo stesso concetto di costituzionalismo, da patto fondativo di garanzia a patto fondativo di promozione della persona. Con la conseguenza ulteriore che non ha senso continuare ad affermare gli stessi principi di garanzia classici nati per limitare la violenza in mano allo Stato, là dove entra in gioco un nuovo paradigma che si basa sulla relazione sociale.

### 3.3. ... al concetto di "giuridico" e all'antropologia.

Tanti anni fa il prof. Paolo Grossi, il Maestrissimo, perché Maestro di tutti noi, scrisse un lavoro intitolato "Diritto senza Stato", dove condensava, in una variante

ulteriormente rinnovata, il suo pensiero centrale, secondo cui il diritto non appartiene allo Stato, ma alla società.

Ebbene, nella penalità sta accadendo un qualcosa di molto simile, ma forse di ancora più interessante. Non solo la giustizia riparativa costituisce un diritto senza Stato, ma forse con ogni probabilità costituisce addirittura una giustizia senza diritto. Insomma, se noi guardiamo nel profondo alla giustizia riparativa, e cioè al percorso riparativo/mediativo in senso stretto, ci accorgiamo che in rapporto al reato, accanto a una giustizia realizzata mediante il diritto (la violenza e lo Stato), v'è una giustizia realizzata mediante la relazione (la non violenza e la società), mediante percorsi di confronto dove protagonista diviene il rapporto relazionale tra autore, vittima e società. Insomma, siamo davanti a una vera e propria esperienza giuridica relazionale che si affianca a quella del diritto. Detto diversamente, potremmo parlare di una giustizia come *genus*, dove l'obiettivo ultimo di convivenza pacifica tra i consociati si può raggiungere mediante il diritto e direttamente mediante la relazione.

Sul piano antropologico, si deve osservare come muti lo stesso modo di concepire non soltanto l'uomo, ma anche la relazione tra gli stessi. La giustizia punitiva si basa su una sfiducia di fondo nei confronti dell'uomo che ha realizzato il reato: se prima del reato c'è fiducia, in presenza del reato si produce una sfiducia. Non solo, ma modernamente, se si estende lo sguardo anche ai sistemi preventivi delle misure di sicurezza per l'imputabile e delle misure di prevenzione, ci si rende conto che la sfiducia sta alla base della relazione già prima della stessa commissione di un reato. Ecco che l'uomo che compie un determinato fatto (o che si ritiene che possa compierlo) nella sostanza viene qualificato come colpevole, reo, nemico, pericoloso e quindi mortalmente negativamente etichettato. Da qui la logica del distanziamento, della separazione, dell'esclusione, dell'espulsione fino alla stessa segregazione e morte sociale.

La giustizia riparativa si basa invece su un rapporto di fiducia che permane nonostante la realizzazione del reato: il reato che esprime il suo disvalore non è in grado di rompere il rapporto di fiducia. Ed ecco il cambio di prospettiva che si fa amicale, di prossimità e quindi anche avvicinante, unente. Non solo, ma si può anche concepire una dimensione preventiva che si radica sulla dimensione conflittuale del rapporto, sempre in vista della possibile realizzazione di reati, ma tale da non far scattare sanzioni, ma per l'appunto percorsi relazionali.

Ancora più a fondo, la sfiducia nasce proprio dalla prospettiva valoriale che determina un etichettamento e quindi una valutazione categoriale che si sovrappone alla persona, occultandola e facendola scomparire. La sfiducia è frutto del giudizio di disvalore che sta alla base del reato in astratto e che si riproduce nella valutazione del fatto concreto. La fiducia nasce invece dal riconoscimento della persona, dallo sforzo di andare oltre la logica dell'etichettamento per scorgere nell'altro non tanto la stessa persona che è in me, ma piuttosto la persona del tutto peculiare che si ha davanti, nella nudità del dolore che accomuna tutti gli uomini. Insomma, mentre alla base della giustizia punitiva sta il risentimento che può sfociare addirittura nella vera e propria ostilità, nella giustizia riparativa c'è amicalità, accoglienza, fratellanza, se non addirittura compassione e carità.

#### 4. Il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa: la complementarità.

Tale rapporto risulta molto più complesso di quanto si possa credere, non solo, e non tanto, perché, come abbiamo visto, giustizia punitiva e giustizia riparativa costituiscono due paradigmi strutturalmente diversi, per non dire alternativi, ma anche perché la penalità come categoria generalissima, che comprende al proprio interno sia la giustizia punitiva che quella riparativa, presenta alcune specificità rispetto a tutte le altre branche del diritto, destinate per l'appunto ad incidere su tale rapporto.

Ed infatti, da un lato, la penalità si fonda su una tavola di valori predefiniti, socialmente condivisi e che non sono suscettibili di una "ridefinizione" o "negoiazione" da parte dei protagonisti della vicenda criminosa: insomma, nella penalità è inevitabilmente definito una volta per tutte chi ha ragione e chi ha torto, chi è l'aggressore e chi l'aggredito, chi è il "carnefice" e chi la vittima. Dall'altro lato, la penalità moderna vive di e nella dimensione istituzionale giudiziale/giurisdizionale, vive cioè soltanto se si attiva lo Stato e il suo potere giudiziario-amministrativo.

Ebbene, dati questi presupposti, ad oggi, appare del tutto impossibile, perché decisamente utopico, pretendere che la giustizia riparativa possa soppiantare e sostituirsi a quella punitiva. Anzitutto, v'è una ragione politica, in verità già di per sé assorbente: non solo nessuno oggi sarebbe politicamente disposto a rinunciare alla giustizia punitiva, anche in ragione della sua indiscutibile funzione stabilizzante, ma soprattutto sono proprio ragioni di convivenza sociale orientate a superare i conflitti politici, prima ancora che sociali, a spingere verso una istituzionalizzazione e quindi, volendo, "neutralizzazione" della violenza attraverso il suo collocamento nelle mani terze delle istituzioni organizzative. Destabilizzante non è tanto la vendetta privata, relativa a singoli episodi della vita sociale quotidiana, ma quella politica, relativa alle fazioni.

In secondo luogo, vi sono due ragioni più strettamente giuridiche che non consentono di sostituire la giustizia punitiva con quella riparativa. Da un lato, come accennato, la stessa penalità necessita di una tavola di valori predefinita e non negoziabile e tale tavola può essere offerta soltanto dalla giustizia punitiva (sia essa pubblica o sociale/privata). Certo, poi all'interno della giustizia punitiva si può pensare a una giustizia punitiva rigida che rende indefettibile l'irrogazione e l'esecuzione della pena minacciata oppure a una giustizia flessibile basata su alternative (anche riparatorie) oppure integrata dalla giustizia riparativa, che invece rendono flessibile l'irrogazione/esecuzione della pena. Ma punto di partenza non può che essere la previsione di precetti accompagnati da sanzioni afflittive. Insomma, non pare possibile costruire un sistema valoriale, affermando che ci commette un fatto espressivo di disvalore non andrà incontro ad alcuna conseguenza. Dall'altro lato, essendo la giustizia riparativa una giustizia consensuale, essa potrebbe non attivarsi o comunque fallire. Ecco che in tali ipotesi è soltanto la giustizia punitiva che consente di perseguire quelle istanze di giustizia che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente frustrate.

Se tutto questo è vero, si può osservare come, in definitiva, a chiudere il sistema non possa che intervenire soltanto la giustizia punitiva ovvero la violenza e come,

proprio in ragione di questa capacità di chiusura, non sia necessario che la violenza intervenga sempre già in prima battuta.

Ecco che, come più volte è stato detto, giustizia punitiva e giustizia riparativa possono avere un rapporto di complementarità, da intendersi nel senso etimologico del termine, non solo come aggiunta, ma anche come completamento, per cui la giustizia punitiva, che costituisce la base, può essere completata dalla giustizia riparativa. Con la conseguenza che, posto che il percorso riparativo in senso stretto risulta essere altro rispetto alla giustizia punitiva, diventa fondamentale chiarire il rapporto che intercorre tra tale percorso e la giustizia punitiva, potendosi osservare come il concetto di giustizia riparativa finisca per essere costituito sia dalle norme che attengono al percorso riparativo in senso stretto,, di per sé in realtà privo di normatività, sia da quelle, davvero propriamente normative, che disciplinano il rapporto tra percorso riparativo in senso stretto e la stessa giustizia punitiva.

#### *4.1. I modelli di rapporto complementare.*

Ebbene, si possono immaginare tre tipi di rapporto complementare. Anzitutto, si può pensare a un rapporto che definirei complementare-parallelo, per cui la giustizia riparativa opera aggiungendosi a quella punitiva, ma a prescindere dalla giustizia punitiva, e cioè senza alcun punto di contatto a carattere formale ovvero senza che la giustizia punitiva riconosca alcuna rilevanza agli esiti del percorso riparativo. In questa prospettiva, giustizia riparativa e giustizia punitiva operano – per così dire – nell’indifferenza reciproca, ma con il comune scopo di concorrere alla convivenza pacifica: mentre la giustizia punitiva si occupa del reato, la giustizia riparativa si occupa del conflitto interpersonale. Quindi, pur trattandosi di strumenti paralleli, si tratta comunque di strumenti connessi dalla prospettiva teleologica finale.

In secondo luogo, 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. In particolare, provando a razionalizzare siffatto modello, anzitutto, sul piano dell’esito, al percorso riparativo non può che essere riconosciuta una capacità addirittura estintiva della responsabilità penale. In secondo luogo, una conclusione del genere non può che essere destinata a una criminalità non troppo grave e quindi a reati ben selezionati sia sul fronte della dinamica relazionale intersoggettiva, sia sul piano del disvalore. Infine, dal punto di vista processuale, non solo il percorso riparativo dovrebbe instaurarsi in un momento molto anticipato del procedimento, ma addirittura si dovrebbe prevedere la sospensione dello stesso, l’attivazione del percorso e poi, dopo l’esito del percorso, la ripresa del procedimento, per cui se il percorso ha avuto un esito positivo, la responsabilità si estingue, mentre se ha avuto un esito negativo, il procedimento riprende per accertare le eventuali responsabilità.

Infine, si può immaginare un modello che potremmo definire complementare-complementare, vale a dire complementare sia sul piano processuale che sostanziale. In particolare, anzitutto, per quanto riguarda l’esito, stavolta il percorso riparativo ha come

effetto quello di attenuare la responsabilità penale. In secondo luogo, e conseguentemente, non v'è alcuna ragione per delimitare l'ambito applicativo della giustizia riparativa a particolari reati, potendo avere una portata per l'appunto generale. Infine, la riparazione si può attivare in qualsiasi stato e grado del procedimento e quando ciò accade, da un lato, il procedimento penale prosegue nel suo cammino, dall'altro lato, si viene a innestare una sorta di deviazione parallela che costituisce il binario lungo il quale procede il percorso mediativo. Con la conseguenza che in questa prospettiva si pone un problema di disciplina – per così dire – dell'avvio e del ritorno nel procedimento, nonché di garanzie, perché la dinamica riparativa, non solo all'avvio, ma anche al ritorno, quale che sia l'esito, positivo o negativo, potrebbe influenzare, se non addirittura inquinare, il procedimento, a cominciare dalla terzietà del giudice che potrebbe essere minata da pregiudizi colpevolisti.

## **5. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia.**

Venendo finalmente alla disamina della giustizia riparativa così come disciplinata dalla riforma Cartabia, preliminarmente si deve precisare che restano tutt'ora in vigore quelle disposizioni che prevedono la mediazione come possibile contenuto di istituti che comportano alternative al carcere: sistema penale del giudice di pace (art. 35, d.lgs. 274/2000), sistema penale minorile (art. 28 d.P.R. n. 448/1988), messa alla prova per gli adulti (art. 168-*bis* c.p.). A queste ipotesi la stessa riforma Cartabia ne ha aggiunte altre due, con riferimento alla sospensione condizionale della pena c.d. breve (art. 163, ultimo comma) e alle misure alternative (art. 15-*bis*, Ord. pen.).

Da un punto di vista sistematico, della riforma Cartabia si possono dare tre diverse letture. Su un piano – per così dire – meramente formale, la disciplina si ripartisce tra la legge organica contenuta negli artt. 42-67, d.lgs. n. 150/2022 e le nuove norme penalistiche, a carattere sostanziale (artt. 62.1, n. 6, e 152.3, n. 2) e processuale (art. 129-*bis*).

Da un punto di vista contenutistico e statico, si possono distinguere tre gruppi di norme, e cioè: norme contenute nella legge organica che si occupano del percorso riparativo in senso stretto (artt. 42-58); norme contenute sempre nella legge organica che si occupano di aspetti organizzativi della giustizia riparativa, attinenti alla formazione dei mediatori e ai Centri di giustizia riparativa (artt. 59-67); e, infine, le norme penalistiche alle quali abbiamo fatto cenno.

Più opportuna, a nostro avviso, una lettura dinamica e funzionale della disciplina, che, lasciando da parte le norme organizzative, si concentra sui percorsi riparativi e sulla giustizia punitiva nella loro relazione per l'appunto dinamica.

Ecco che, da questo punto di vista, anzitutto, v'è la disciplina dei percorsi riparativi in senso stretto prevista dagli artt. 42-56 d.lgs. n. 150/2022. Si tratta di norme generali, valide per qualsiasi percorso riparativo, quale che sia il suo rapporto con la giustizia punitiva.

Rispetto a queste norme si può poi ulteriormente distinguere tra quelle di principio, contenenti definizioni, principi, diritti, doveri e garanzie (artt. 42-52) e quelle

che invece sono maggiormente operative perché riguardano l'attività del percorso riparativo in senso stretto, vale a dire i programmi, le attività preliminari, gli incontri e gli esiti (artt. 53-56). Oltre alla definizione di giustizia riparativa che abbiamo riportato all'inizio di questo lavoro (art. 42.1, lett. a), di rilievo trasversale sono gli artt. 43.2, 44 e 53, che, riferendosi ai programmi di giustizia riparativa, consentono soprattutto di comprendere il carattere relazionale di questa particolare forma di giustizia. In particolare, l'art. 43.2 sancisce che «i programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

In secondo luogo, ci dobbiamo soffermare sulle norme penalistiche, sia sostanziali che processuali, per mettere in evidenza come la riforma Cartabia abbia previsto, nella sostanza, ben tre tipologie di giustizia riparativa differenziabili in ordine al rapporto tra percorso riparativo in senso stretto e giustizia punitiva.

Ed infatti, anzitutto è prevista un'ipotesi che si ispira al modello che abbiamo definito "complementare-aggiuntivo": l'art. 44.2 d.lgs. n. 150/2022 sancisce che ai programmi di giustizia riparativa si può accedere anche dopo l'esecuzione della pena e della misura di sicurezza e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'art. 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato.

In secondo luogo, viene prevista un'ipotesi che si ispira al modello che abbiamo definito complementare-sostitutivo collegandosi ai reati perseguibili a querela remissibile. In particolare, dopo che l'art. 44.3 d.lgs. n. 150/2022 ha sancito che qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, ai programmi si può accedere anche prima che la stessa sia stata proposta, l'art. 152.3, n. 2, prevede una ipotesi di remissione tacita della querela, che si ha «quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati». La remissione tacita comporta l'impossibilità di accertare la responsabilità e quindi nella sostanza la sua estinzione. I reati risultano essere specificamente selezionati attraverso il regime della querela: a base relazionale e non particolarmente gravi. Proprio perché connessi a una condizione di procedibilità, l'effetto estintivo rileva in forma molto anticipata.

Infine, si prevede un'ipotesi che si ispira al modello complementare-complementare. Si tratta dell'ipotesi senz'altro più complessa e articolata. Anzitutto, non v'è alcuna preclusione in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità (art. 44.1 d.lgs. n. 150/2022). Inoltre, ai programmi si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale (art. 44.2 d.lgs. n. 150/2022). Per quanto riguarda le norme penalistiche, sul piano sostanziale, la partecipazione ai programmi con esito positivo comporta l'applicazione di una circostanza attenuante comune (art. 62.1, n. 2, c.p.); sul piano processuale occorre distinguere tra l'innesto, che può essere realizzato anche dal giudice ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p. e il ritorno dell'esito nel processo disciplinato dagli artt. 57 e 58 d.lgs. n. 150/2022.

### 5.1. Alcune questioni problematiche.

Ebbene, non è possibile in questa sede compiere un'analisi dettagliata di queste discipline. Qui vorrei affrontare brevemente alcuni nodi problematici relativi soprattutto alla terza ipotesi, non per risolverli, ma quanto meno per impostarli.

Anzitutto, non ci possiamo non interrogare sul senso di una giustizia riparativa che – per così dire – si limita ad attenuare la responsabilità penale. Se, da un lato, può apparire disfunzionale proprio in ragione della strutturale alternatività che intercorre tra l'esito riparativo e la pena, dall'altro lato, però risulta perfettamente coerente in una prospettiva che valorizza la componente relazionale ovvero la possibilità di intraprendere percorsi che contribuiscono a ricomporre legami sociali. Certo, ciò determina una sorta di inquinamento della purezza, anche perché risultano rafforzate le spinte utilitaristiche e il rischio complessivo di un abbassamento del livello di tenuta del sistema attraverso una inflazione dei percorsi riparativi e una banalizzazione del loro valore. Ma ritenere che ciò possa compromettere il percorso riparativo non è corretto, proprio perché il percorso riparativo apre a una strada sostanziale che soltanto sostanzialmente può essere gestita. Insomma, è ben possibile una adesione meramente utilitaristica e strumentale al programma, ma il carattere relazionale del percorso, se rigorosamente gestito dall'alta professionalità dei mediatori, contribuisce notevolmente a smascherare qualsiasi assenza di autenticità, molto di più di quanto avviene allorché un reo partecipa a programmi di risocializzazione/rieducazione.

In secondo luogo, è noto come abbia suscitato perplessità quanto previsto dall'art. 129-bis c.p.p. Là dove si prevede che il giudice possa disporre anche di ufficio l'invio delle parti al Centro per la giustizia riparativa per l'avvio di un programma, si è intravista addirittura una violazione della presunzione d'innocenza, potendo tale scelta essere motivata da un pregiudizio colpevolista circa la responsabilità dell'autore. A me preme compiere due considerazioni. Da un lato, emerge ancora una volta come una lettura di questa norma, e più in generale di tutte le norme che in forma anticipata comportano alternative al carcere, non possa essere compiuta attraverso le lenti per l'appunto classiche: non deve stupire che a un'attenuazione della risposta sanzionatoria corrisponda anche una certa flessibilizzazione delle regole, mentre le garanzie devono restare salde e rigide ogni volta che la conseguenza è pienamente afflittiva. Insomma, detto diversamente, problemi analoghi sono posti da tutte quelle ipotesi in cui il giudice si trova ad affrontare valutazioni discrezionali in fasi anticipate, come ad es. nell'ipotesi della messa alla prova per gli adulti. Dall'altro lato, proprio adottando le giuste lenti, questa norma dovrebbe essere contestata perché, a ben vedere, è espressione di una certa sfiducia verso il mondo dell'avvocatura, che invece si deve considerare soggetto fondamentale della giustizia riparativa, non solo perché sono i difensori ad assistere formalmente le persone indicate come autore e vittima, ma anche perché, su un piano sostanziale, sono coloro che meglio di ogni altro attore processuale possono conoscere la dimensione relazionale dei protagonisti della vicenda criminosa.

Ma soprattutto particolarmente problematico risulta l'art. 58, relativo ai rapporti tra l'esito del percorso e l'autorità giudiziaria. Il nodo di fondo è nella sostanza il seguente: se il giudice possa valutare l'esito del percorso riparativo definito dal

mediatore. In particolare, da un lato, si pone il problema se, in presenza di un esito positivo, il giudice possa giungere a ritenere che in realtà si tratti di un esito negativo e che pertanto non trovi applicazione la circostanza; dall'altro lato, si pone la questione se, in presenza di un esito negativo, il giudice possa comunque valutarlo, in ambito penalistico, a favore dell'autore ai sensi dell'art. 133 c.p.

Ebbene, cominciando dalla seconda questione, se da un lato il comma 2 dell'art. 58 sancisce espressamente che l'esito negativo non produce effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore, lasciando quindi aperta la possibilità che l'esito negativo possa produrre comunque effetti favorevoli, dall'altro lato, questa possibilità sembra essere confermata dal comma 1 dell'art. 58, il quale sancisce che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo». Ed infatti, se attraverso quest'ultima disposizione l'esito riparativo può comunque essere preso in considerazione ai sensi dell'art. 133 c.p., per tale esito non si può intendere che intendere quello negativo, visto che l'esito positivo è già valutato come circostanza e quindi non potrebbe essere valutato due volte, prima come circostanza e poi in sede di commisurazione ai sensi dell'art. 133c.p.

Ebbene, non si vedono ragioni per affermare preclusioni, anche perché l'art. 51 d.lgs. 150/2022 prevede che «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, fatti salvi i contenuti di cui all'art. 57», con la conseguenza che il giudice è in possesso del materiale per compiere una eventuale valutazione. Insomma, il legislatore sembra lasciare spazio alla possibilità di valutare comunque a favore della persona indicata come autore la sua partecipazione al percorso, quando l'interruzione del percorso o il mancato raggiungimento di un esito positivo non siano dipesi da lui.

Circa la prima questione, il comma 1, come abbiamo visto, parla esplicitamente di una valutazione da parte dell'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, dello svolgimento del programma e dell'eventuale esito riparativo, senza compiere alcuna distinzione tra esito positivo ed esito negativo e quindi lasciando intendere che tale valutazione può riguardare anche l'esito positivo: con la conseguenza che, stando per l'appunto alla lettera della legge, il giudice sembra poter compiere un'autonoma valutazione del percorso e dell'esito riparativo, anche in divergenza con le conclusioni a cui è giunto il mediatore.

Ebbene, qui occorre andare al senso profondo del percorso riparativo, per cui se è ben possibile che l'esito del percorso mediativo sia "utilizzato" all'interno della giustizia punitiva, senza con ciò snaturarne la natura, risulta molto difficile che tale esito possa essere messo in discussione dalla giustizia riparativa, poiché altrimenti se ne altera definitivamente la natura. Se, infatti, si muove dall'idea che sia altro dalla dinamica punitiva, non vi sono molti margini per una valutazione autonoma da parte del giudice, con la conseguenza che il controllo sull'operato e l'esito del mediatore non potrà che essere estrinseco e formale.

Qualcuno parlerà di inammissibile limitazione del potere giurisdizionale. Tuttavia, si tratta di un'obiezione che ancora una volta muove da un visione legata alle

categorie punitiva. Se invece ci si colloca in sintonia con la nuova forma di giustizia, è evidente che assieme al ruolo dell'avvocatura deve mutare anche quello della giurisdizione, con la conseguenza che una limitazione ai poteri dell'autorità giudiziario risulta più che ragionevole, anche perché fondata sulla circostanza che titolare del percorso riparativo è proprio il mediatore, con la conseguenza che solo una visione di giurisdizione onnipotente può portare a criticare siffatta soluzione. Se invece si muove dall'idea che, nonostante la diversità strutturale, sia comunque il giudice ad avere l'ultima parola, la giustizia riparativa finirà per essere non solo neutralizzata, ma addirittura subordinata e asservita al sistema punitivo, e quindi ricondotta alle categorie normative della penalità tradizionale.

## 6. Spunti di riflessione sulla giustizia riparativa attraverso la letteratura.

*Romeo e Giulietta* di William Shakespeare, atto II, scena II, vv. 33-51:

GIULIETTA

“O Romeo, Romeo! – Perché sei tu Romeo?

Rinnega tuo padre e rifiuta il tuo nome.

O, se non vuoi, sia soltanto giurato l'amore per me,  
e io non sarò più una Capuleti.

ROMEO (*a parte*)

Ascolterò ancora o risponderò a questo?

GIULIETTA

È soltanto il tuo nome che è mio nemico.

Tu sei te stesso, anche se non fossi un Montecchi.

Cos'è un Montecchi? Non è mano né piede  
né braccia né viso né altra parte del corpo  
appartenente a un uomo. O, sii qualche altro nome!

Cosa c'è in un nome? Ciò che noi chiamiamo rosa,  
con qualsiasi altro nome profumerebbe così dolcemente.

Così Romeo, se non si chiamasse Romeo,  
conserverebbe quella cara perfezione che possiede  
senza quel titolo. Romeo, disvesti il tuo nome;  
e per quel nome, che non è parte di te,  
prendi tutta me stessa.

ROMEO

Ti prendo in parola.

Chiamami soltanto amore, e sarò di nuovo battezzato.

D'ora in poi non sarò più Romeo.

La tragedia di William Shakespeare *Romeo e Giulietta* dovrebbe avere come titolo iniziale “Romeo Montecchi e Giulietta Capuleti” e soltanto alla fine raccogliersi sotto quello di “Romeo e Giulietta”. Identificata come l'opera per eccellenza dell'amore

sentimentale “vero e puro”, in realtà si presenta molto più complessa, come opera certo relativa a un amore siffatto, ma che muove da un contesto di fortissima conflittualità sul piano sociale e relazionale. L’amore tra Romeo e Giulietta, sostenuto dal sentimento (soprattutto di Giuditta) come anche dal desiderio (soprattutto di Romeo), si inserisce infatti all’interno della storica faida tra le due famiglie dei Montecchi e dei Capuleti.

Seguendo questa chiave di lettura assai più complessa, si possono dare due diverse letture di questa tragedia, letture peraltro di per sé non incompatibili, anzi. Da un lato, può essere letta come opera in cui l’amore si inserisce nel contesto della faida per enfatizzare l’amore puro, per cui la faida diviene una sorta di artificio letterario che consente di spingere fino all’estremità dell’amore puro il linguaggio poetico-ossimorico. Dall’altro lato, la tragedia può essere letta come opera in cui la stessa faida viene superata attraverso l’amore che neutralizza il conflitto, per cui è soltanto attraverso un amore più forte dell’odio che si possono superare i conflitti fonti solo di disgrazie e sventure. Andando così al cuore di una problematica di fondo delle relazioni umane: l’apertura all’altro tra pregiudizi del sé e vittoria sugli stessi proprio attraverso l’apertura all’altro.

Seguendo questa seconda interpretazione (peraltro confermata dai versi finali del Principe: «dove sono questi nemici? Capuleti, Montecchi, / guardate quale sventura si è abbattuta sul vostro odio: / il cielo ha trovato i mezzi per uccidere con l’amore i vostri gioielli»), ciò significa non solo che l’amore sentimentale necessita di un passaggio preliminare costituito proprio dal superamento del conflitto del quale i due giovani sono pur sempre protagonisti in quanto appartenenti alle due famiglie, ma anche che è attraverso l’apertura e la fiducia che si possono vincere i pregiudizi derivanti dall’appartenenza degli innamorandi alle due fazioni nemiche. Per cui l’amore non solo è amplificato, ma reso anche più profondo dal carico di odio che deve vincere.

Ecco che in questa prospettiva diviene centrale la seconda scena del secondo atto, di cui abbiamo riportato l’incipit poco sopra, dove Romeo e Giulietta intessono il primo dialogo, dal balcone lei, dal giardino lui, proprio perché incentrata su un confronto diretto alla dissoluzione della conflittualità attraverso la dissoluzione dell’etichettamento nemicale e quindi nella sostanza attraverso il riconoscimento della persona che è nell’altro anche con l’aiuto del sentimento. Inoltre, a questa scena si collega poi l’andamento successivo della tragedia, caratterizzato dalla uccisione da parte di Romeo di Tebaldo cugino di Giulietta, che tuttavia non dissolve ciò che risulta unito dal sentimento, come a dire che le permanenti e riattualizzanti ragioni del conflitto non possono comunque avere la meglio sul rapporto di fiducia.

In particolare, l’abusata interrogazione con la quale inizia il dialogo «o Romeo, Romeo! – Perché sei tu Romeo?» (v. 33), non si riferisce tanto alla persona di Romeo di cui Giulietta si sta innamorando, ma si riferisce all’essere lui un Montecchi e lei una Capuleti, come esplicano i versi successivi «rinnega tuo padre e rifiuta il tuo nome. / O, se non vuoi, / giura che mi ami e io non sarò più una Capuleti». Così come questo primo lungo e serrato scambio si chiude magistralmente con le parole pronunciate da Giulietta quando sta per ritrarsi dal balcone per la prima volta «dolce Montecchi, sii fedele, / rimani ancora un poco, torno» (vv. 137-138), e che, nel chiamare addirittura “Montecchi” Romeo consacrano proprio il superamento della conflittualità.

Ebbene, non potendosi attardare in un commento dettagliato, a noi interessa evidenziare l'operazione di dis-etichettamento orientata a valorizzare la persona in quanto tale. E centrale diviene proprio la battuta di Giulietta quando afferma che una cosa è tale al di là del nome che porta, e che quindi qualsiasi nome che alla fin fine esprime un etichettamento ovvero una valutazione in realtà non ha alcuna importanza rispetto al reale oggetto che sottende, per cui «ciò che noi chiamiamo rosa, / con qualsiasi altro nome profumerebbe così dolcemente». Insomma, la persona in quanto tale, come essa effettivamente è, l'altro in quanto tale, identico a me nella sua assoluta peculiarità.

Ecco quindi riacquistare rilevanza l'art. 3.1 Cost. e in particolare il primo inciso, «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale». Quanto andrebbe analizzata e rimeditata nel profondo questa disposizione riattualizzandola proprio nello spirito del nostro costituzionalismo. Da un lato, al posto dell'espressione cittadini, non possiamo che utilizzare quella di persone; dall'altro lato, si deve osservare come il concetto di dignità non sia connesso alla persona, con tutti i problemi che si pongono in termini di manipolabilità del concetto di dignità riferito alla persona, avendo in sé il rischio di un'ulteriore etichettamento, ma alla parità nella dimensione sociale, potendo essere riformulato come segue: «ogni persona ha pari dignità davanti alla società». Formula che nell'evitare che il concetto di dignità riferito alla persona possa essere manipolato, permette anche che la persona di ciascuno, in quanto tale, abbia parità sociale, a prescindere da ogni etichettamento: un'eguaglianza davanti alla società, in ragione dell'assoluto particolarismo della persona che esprime ciascuno di noi. Come accennati, identici davanti alla società nel particolarismo.

## **7. Una preziosissima testimonianza: le parole di Agnese Moro sulla giustizia riparativa.**

A chiusura di questo mio intervento, mi permetto di riportare un lungo stralcio di quanto scritto da Agnese Moro sulla giustizia riparativa<sup>1</sup>. Si perdoni la lunghezza della citazione, ma penso che questo testo valga più di qualsiasi testo normativo o considerazione giuridico-filosofica in tema di giustizia riparativa, per stile, tono, vicenda, autorevolezza della protagonista: un testo che dovrebbe essere affisso in tutte le aule di scuola, universitarie, di giustizia e delle assemblee politiche.

«La giustizia riparativa – scrive Agnese Moro – l'ho vissuta e la vivo da molto tempo, in una esperienza intensa di dialogo che vede impegnate persone – e tra loro Manlio Milani – che come me hanno perso in quella stagione di sangue qualcuno che amavano, alcuni di coloro che 45 anni fa hanno concorso all'uccisione di mio padre Aldo, e altri che, a sinistra e a destra, scelsero la lotta armata. La giustizia riparativa è una cosa molto piccola, all'apparenza, ma molto grande perché funziona.

---

<sup>1</sup> Agnese MORO, *Da mio Padre a Manlio Milani, perché è indispensabile la giustizia riparativa*, in *La Stampa*, 9.5.2023.

È fatta di un luogo dove si va volontariamente, liberamente, perché ci si vuole andare e da cui si esce, se lo si vuole, in qualunque momento. È un luogo dove ci sono semplici regole tra cui rispetto reciproco e riservatezza. È un luogo in cui, con l'aiuto di mediatori preparati e "equiprossimi", si incontrano persone che hanno fatto del male con persone che quel male lo hanno ricevuto. Magari accompagnati da una piccola o da una grande comunità. È un luogo in cui ci si guarda in faccia; in cui si può dire, spiegare, rimproverare, e in cui si può ascoltare ciò che gli altri hanno da dire.

In questo dialogo serrato, che certamente non cambia ciò che è stato, si cambia noi. Gli uni e gli altri. Per me ha significato riuscire a dare parole al mio dolore e poter dire quelle parole proprio a coloro che dovevano ascoltarle; e a mia volta ascoltare loro parlare delle loro scelte di allora, dei percorsi dopo, e vedere le vite che ricrescono buone. Ha significato poter rimproverare loro per cose di cui la giustizia penale non si interessa, ma che possono distruggere come le pallottole. E poter spiegare, senza acrimonia, chi era la persona che mi era stata tolta. È stato incontrare il loro dolore, che è terribile, e quello delle loro famiglie incolpevoli.

È stato poter vedere che l'umanità non va perduta, e può sempre essere risvegliata. E scoprire che il male non è onnipotente e nemmeno una forza estranea all'uomo, ma un semplice fatto umano, che è dentro ognuno di noi. Per loro l'incontro ha significato scoprirsi non solo colpevoli di... (un reato), ma anche responsabili verso di noi, noi figli, a cui è stato tolto tanto, e verso di loro, i nostri cari, individui concreti, reali non funzioni, divise, simboli. Fonte e ricettori di affetti. Amati. Per tutti noi, credo, sia stato importante riconoscersi reciprocamente. Come persone. Reali a nostra volta, degne di rispetto e non come personaggi positivi o negativi di una astratta storia di cui chiunque si sente libero di inventare momenti di vita, sentimenti, motivazioni. Certo di saperne più di noi della nostra vita, di quello che siamo e che siamo stati. Parlandone in un libro, in un film o chiacchierando in treno o al bar con gli amici.

Ascoltarli e ascoltarci è stato difficile e importante; in quei racconti c'è il dramma di una generazione - la prima nata libera dopo il fascismo -, l'irresponsabilità dei predicatori, la forza della propaganda, la cecità dei partiti popolari, il rifiuto dell'ascolto, il desiderio - identico - di giustizia sociale, la differenza delle scelte, le solitudini diverse, ma simili del dopo. E da loro tante indicazioni preziose di politica carceraria. E la scoperta per tutti della trasmissione ad altre generazioni dei frutti avvelenati dei nostri silenzi incapaci di raccontare.

Oggi la giustizia riparativa è parte integrante del nostro ordinamento con la riforma che porta il nome di Marta Cartabia che fortemente l'ha voluta. Ma mi sa che viene da lontano. Penso alla scelta fatta dalla nostra Costituzione di definire la giustizia come un percorso di ritorno - vedi la finalità rieducativa delle pene dell'articolo 27 - che trova nella giustizia riparativa una forma di attuazione per tutti, vittime, responsabili, comunità. Una strada a portata di mano. Per tornare a una vita piena e nostra. Se solo lo vogliamo».