

LA *DIVERSION*: GLI ISTITUTI FUNZIONALI  
ALL'ESTINZIONE DEL REATO TRA PROCESSO E  
MEDIAZIONE \*



*Grazia Mannozi*

SOMMARIO 1. Premessa — 2. Perimetro linguistico — 2.1. La depenalizzazione — 2.2. La deflazione — 2.3. La *diversion* — 3. La prevenzione — 4. Gli istituti funzionali all'estinzione del reato al cospetto delle strategie di deflazione, depenalizzazione, *diversion* e prevenzione — 5. Il *quid pluris* offerto dalla giustizia riparativa

*«[I] titoli, si sa, sono importanti. Lasciano intravedere tracce, si mostrano come sintesi finale mentre aprono percorsi inattesi. Giocano con il testo che rappresentano; sono, appunto rappresentazioni. Impegnano il lettore in trame complesse: orientano e disorientano nello stesso momento; scavare in questi complicati orditi è inaspettatamente salutare».*

(E. Resta)

## 1. Premessa

Parlare degli istituti funzionali all'estinzione del reato, tra processo e mediazione, richiede che si inizi non già dal diritto, dalle disposizioni o dalle norme bensì dalle *parole*.

«Lo stesso concetto cambia significato secondo le parole che lo esprimono. I concetti ricevono dignità dalle parole, invece di conferirgliela», scriveva Pascal<sup>1</sup>. Ciò appare tanto più vero quanto più si riesce a cogliere come nel «commercio» linguistico quotidiano si ricorra a termini giuridici che appaiono in parte distorti rispetto al loro significato proprio o tecnico. Sembra prosperare e diffondersi quell'«anti-lingua»<sup>2</sup> in

---

\* È il testo della relazione al convegno «*Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione*», svoltosi a Genova, il 12 aprile 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> B. Pascal, *Pensieri*, traduzione e note di Ugo Bernasconi, Foschi editore, Ariccia, 2019. I frammenti sono tratti dalla sezione *Sull'eloquenza e lo stile*, pensiero 13, p. 224.

<sup>2</sup> Il rinvio è alle riflessioni di I. Calvino, *L'antilingua*, in I. Calvino, *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Mondadori, Milano, 1995, pp. 122-126.

cui le parole, «manomesse»<sup>3</sup>, ricorrono cariche di significati autonomi, talvolta incoerenti e comunque deformati rispetto a quelli giuridici originari.

Pensiamo, ad esempio, alle parole «sicurezza», «prevenzione», «pena», «certezza» o «paura»<sup>4</sup>. Esse assumono contorni tanto più ambigui quanto più si allontanano dallo spessore anche empirico di riferimento. E quanto più circolano, anche mediaticamente, tanto più appaiono svuotate di senso<sup>5</sup>. C'è poco interesse verso uno strumento linguistico corretto perché, come direbbe Cordero, «uno strumento linguistico esatto serve all'igiene mentale e previene tanto traffico torbido»<sup>6</sup>.

Dunque è bene partire direttamente dalle parole – e, in particolare, da quelle che costituiscono il titolo del presente convegno – le quali, come spesso avviene nei contesti istituzionali, accademici, educativi e, soprattutto, scientifici, delimitano il perimetro della riflessione. Un titolo «indirizza e svia contemporaneamente»<sup>7</sup>.

Dopo aver analizzato, nei limiti consentiti dall'economia dell'indagine, la valenza terminologica delle parole alla luce delle quali valutare gli istituti sospensivi del processo, si cercherà di identificare il *quid pluris* che, a questi ultimi, offrono la chiave di lettura e le prospettive di implementazione della giustizia riparativa rispetto alla visione giuridico-processuale di tipo tradizionale.

## 2. Perimetro linguistico

Deflazione, depenalizzazione, *diversion* e prevenzione sono termini che rinviano a differenti esigenze e strategie politico-criminali<sup>8</sup>; tuttavia, tra queste ultime,

<sup>3</sup> Il termine è mutuato non semplicemente dal titolo bensì dall'intero impianto del libro di G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010.

<sup>4</sup> In relazione alla polimorfa valenza del termine «paura» si veda la raccolta di scritti in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 1 (2019), disponibile a: <<http://eum.unimc.it/it/catalogo/646-quaderno-di-storia-del-penale-e-della-giustizia-1-2019-la-paura>>

<sup>5</sup> In questi termini, M. Recalcati, *L'ora di lezione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 28.

<sup>6</sup> F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 766.

<sup>7</sup> E. Resta, *Tra pene e delitti. Differenze e ripetizioni nelle pratiche penali*, in AA.VV., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei professori di Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 399. Sempre dal saggio di Eligio Resta è tratta la citazione posta come *incipit* del presente scritto.

<sup>8</sup> Fondamentale, in materia, il saggio di D. Pulitanò, *Politica criminale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 3-51. Resta un classico la nozione di politica criminale proposta da F. von Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *Strafrechtliche*

non vi sono barriere rigide bensì porose. Ne deriva che ciascuna strategia può servire gli scopi di una o più delle restanti altre. In particolare, depenalizzazione e *diversion* possono essere strumenti per raggiungere intenti deflativi; parimenti, la *diversion* può essere ottenuta per il tramite di depenalizzazioni e la prevenzione può essere (meglio) perseguita attraverso il ricorso a tecniche di *diversion*.

Sarà questo quadrilatero terminologico a costituire l'*hortus conclusus* delle riflessioni che seguono.

## 2.1 – La depenalizzazione

«Depenalizzazione»<sup>9</sup>: «Tipico effetto delle disposizioni legislative miranti a degradare fatti di reato in illeciti amministrativi. Fondamento di questo istituto è l'ottimizzazione del ricorso alla sanzione penale non solo perché, in quanto informata dai principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale essa deve essere applicata in *extrema ratio*, ma anche al fine di razionalizzare il sovraccarico degli uffici giudiziari e l'affollamento delle carceri. Diversa dalla depenalizzazione è la decriminalizzazione che consiste nella semplice abrogazione della norma penale con la conseguenza di rendere lecito il comportamento precedentemente incriminato»<sup>10</sup>.

La definizione, limpida ed essenziale, testimonia una visione ormai consolidata circa l'orizzonte di interventi<sup>11</sup> che, a più riprese, hanno contrassegnato l'opera del legislatore italiano soprattutto a partire dalla l. 689/1981<sup>12</sup>, normativa dalla doppia

---

*Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, p. 291. Una definizione di politica criminale inclusiva della consapevolezza del ruolo che giocano, rispetto a essa, i valori e i principi dell'ordinamento, e perciò evolutiva rispetto a quella lisztiana, è proposta da G. Forti, *L'immane concretezza*, Cortina, Milano, 2000, pp. 99 s. Un'interessante prospettiva di raccordo tra politica criminale e scelte di *policy*, tale da presupporre dinamiche immaginative atte a promuovere il cambiamento di comportamenti autodistruttivi, peraltro di estrema attualità, è proposta da L. Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Giappichelli, Torino, p. 271 ss.

<sup>9</sup> Imprescindibile il rinvio a C.E. Paliero, *Depenalizzazione*, in *Digesto discipline penali*, vol. III, Torino 1989 e a F. Giunta, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, pp. 197 ss. Tra le opere di carattere generale si segnalano altresì G. Vassalli, *La depenalizzazione in Italia, in Il codice penale e la sua riforma*, vol. IV, Scritti giuridici, Giuffrè, Milano 1997; A. Bernardi, I. Zoda, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, Padova, 2008.

<sup>10</sup> La definizione è in Enciclopedia Treccani, disponibile a: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/depenalizzazione/>>

<sup>11</sup> Cfr. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1703 ss.

<sup>12</sup> Tra i primi autorevoli commenti, P. Nuvolone, *La legge di depenalizzazione. Appendice al terzo volume del Trattato di diritto penale italiano di V. Manzini e P. Nuvolone*, UTET, Torino, 1984.

anima attraverso la quale sono stati introdotti l'impianto normativo-garantista dell'illecito depenalizzato e il complesso di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Le due componenti della l. 689/1981 hanno avuto dinamiche di implementazione opposte. A fronte dei numerosi e ripetuti interventi del legislatore volti ad ampliare progressivamente l'area dell'illecito depenalizzato<sup>13</sup> – espungendo via via gruppi di fatti-

<sup>13</sup> Tra i principali interventi di depenalizzazione si ricordano anzitutto due interventi antecedenti al 1981: la l. 3 maggio 1967, n. 317 recante «Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali»; la l. 24 dicembre 1975, n. 706 sul «Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda». Successivamente alla l. 689/1981 si ricordano: la l. 28 dicembre 1993, n. 561, «Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi»; la l. 28 dicembre 1993, n. 562, «Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e delle disposizioni ad esso connesse o complementari»; il d. lgs. 13 luglio 1994, n. 480, sulla «Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773»; la l. 6 dicembre 1993, n. 499, «Delega al Governo per la riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro»; il d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, «Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro»; la l. 25 giugno 1999, n. 205, «Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario»; il d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 sulla «Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205»; la l. 28 aprile 2014, n. 67 con «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»; il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67»; da ultimo, il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, «Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67».

Per riflessioni e commenti alle leggi sopra citate si vedano: N. Selvaggi, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. pen.*, (2)2014, pp. 417-432; P. Veneziani, M. Celva, *La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 L. 28.4.2014 n.67*, in *Leg. Pen.*, 2014, pp. 461 ss.; A. Gargani, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'Riforma della disciplina sanzionatoria' (art.2 L.28.4.2014 n.67)*, in *Leg. pen.*, 7 luglio 2015; S. Ucci, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, in *Riv. trim. di dir. pen. cont.*, 1/2017, pp. 171-192, disponibile a: <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5191-le-sezioni-unite-della-cassazione-sulle-sorti-delle-statuizioni-civili-nel-giudizio-di-impugnazione>> (ultimo accesso dicembre 2019).

In particolare, sulla legge delega del 2016 si veda: Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Gli interventi di depenalizzazione e di abolitio criminis del 2016: una prima lettura*, Rel. n. III/01//2016, 3 febbraio 2016, disponibile a: <[http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII\\_0116.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII_0116.pdf)> (ultimo accesso dicembre 2019).

Sui profili di diritto intertemporale v. G. L. Gatta, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, nota

specie dal settore penale e confermando in tal modo che la strada della depenalizzazione è percorribile, tendenzialmente efficace, e volta al perseguimento del c.d. «diritto penale minimo»<sup>14</sup>, con conseguente nuova perimetrazione della materia criminale<sup>15</sup> – una scarsa fortuna applicativa e perciò un impatto del tutto marginale sul sistema<sup>16</sup> hanno caratterizzato, invece, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

Queste ultime, pur se coerenti con scelte di politica criminale tese a limitare la carcerazione e a inverare l'aspirazione, sul versante sanzionatorio, di un diritto penale come *extrema ratio* di tutela<sup>17</sup>, sono ormai modelli sanzionatori in via di estinzione. Risultano infatti largamente soppiantate non soltanto dall'istituto della sospensione condizionale della pena, con il quale condividono requisiti di accesso pressoché sovrapponibili, ma anche e soprattutto dalle c.d. misure alternative alla detenzione, introdotte con la riforma dell'ordinamento penitenziario operata con l. 354/1975 e, da ultimo, con l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 168-*bis* del codice penale.

Nella prospettiva della depenalizzazione<sup>18</sup> occorre verificare come si pongono gli istituti *funzionali all'estinzione del reato* attualmente previsti nel nostro sistema giuridico: si pensi alla sopra citata sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.)<sup>19</sup>, che ha come matrice l'art. 28 d.P.R. 448/1988<sup>20</sup>, riprodotto altresì attraverso

---

a Corte cost., sent. 25 novembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 223, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, disponibile a: <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6365-non-sempre-depenalizzazione-equivale-amitigazione-la-corte-costituzionale-sullirretroattivita-dell>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>14</sup> U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002.

<sup>15</sup> M. Donini, L. Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giapichelli, Torino, 2018.

<sup>16</sup> Si vedano, ad esempio, i dati sull'applicazione della semidetenzione rilevati per il primo semestre 2018, contenuti nella tabella «Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza e sanzioni sostitutive - I Semestre 2018», rilevati dal Ministero di giustizia e disponibili a: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page?contentId=SST134272&previousPage=mg\\_14\\_7](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST134272&previousPage=mg_14_7) (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>17</sup> In argomento, C.E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, pag. 1447 ss.; cfr. anche A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 1488 ss.; G. P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1677 ss.; A. Sereni, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 557-588.

<sup>18</sup> Sulle logiche sottese alla depenalizzazione resta fondamentale l'opera di C. E. Paliero, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985.

<sup>19</sup> Da ultimo, V. Bove, *La messa alla prova*, Pacini Giuridica, Ospedaletto (PI), 2018.

<sup>20</sup> Tra i primi che hanno esaminato *funditus* l'istituto si segnala, per completezza e significative aperture alla comparazione, S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Cedam, Padova, 2005, pp. 243- 296.

l'art. 29, comma 4, della legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace; all'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p. e, con rubrica parzialmente difforme, art. 35 d.lgs. 274/2000); al proscioglimento per tenuità del fatto di cui all'art. 27 d.P.R. 448/1988<sup>21</sup>, all'esclusione della *procedibilità* nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34. d.lgs. 274/2000) e all'esclusione della *punibilità* per particolare tenuità del fatto *ex art.* 131-bis c.p.<sup>22</sup>. Ma si considerino altresì gli articoli 318-bis e seguenti del d.lgs. 152/2006 (c.d. Testo Unico Ambiente) i quali prevedono un meccanismo sospensivo-estintivo del reato, basato sul corretto adempimento delle prescrizioni imposte dall'organo di vigilanza nell'ottica di una reintegrazione del bene offeso o comunque di una regolarizzazione *ex post* della condotta<sup>23</sup>.

Se contestualizzati rispetto alle logiche di depenalizzazione, tali istituti si pongono, per così dire, oltre la linea di confine. Sono la zona grigia tra ciò che, *ab origine*, è ritenuto meritevole di sanzione penale e che pertanto resta nell'ambito penale, e ciò che, per un intervento di segno contrario del legislatore, penale non è (o, meglio, non lo è più).

Questi istituti esprimono la pensabilità di una rinuncia alla risposta punitiva che si fonda non già su una scelta generale e astratta del legislatore – atta a veicolare un livello sanzionatorio di severità inferiore e privo di connotazioni stigmatizzanti – bensì su decisioni concrete, da prendersi caso per caso, atte a promuovere una maggiore aderenza del sistema alle istanze del diritto penale minimo<sup>24</sup> giocate sul terreno del processo anziché su quello delle scelte di criminalizzazione primaria.

---

<sup>21</sup> Sui profili processuali delle misure di *diversion* per i minorenni si rinvia a C. Cesari, *Le strategie di diversion*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 195-242.

<sup>22</sup> Sulla dinamica della esclusione della punibilità per tenuità del fatto, tra i molti, v., con particolare attenzione ai presupposti applicativi dell'istituto, G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016", in *Diritto penale contemporaneo*, 16 dicembre 2015, *disponibile a:* <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4358-non-punibilita-per-particolare-tenuita-del-fatto>> (ultimo accesso dicembre 2019). Da ultimo, con riferimento alle esigenze di bilanciamento di interessi anche in relazione alle istanze punitive riconducibili alla prevenzione generale e speciale, v. le considerazioni di C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 79 s.

<sup>23</sup> Tale meccanismo sospensivo-estintivo, che ricalca il modello storicamente previsto nel settore della sicurezza sul lavoro dal d.lgs. 758/1994, si applica solo alle «ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette», come prevede appunto l'art. 318-bis d.lgs. 152/2006.

<sup>24</sup> Sulla distinzione tra diritto penale minimo e di *ultima ratio*, nella prospettiva della depenalizzazione, v. le considerazioni di F. Palazzo, *Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e*

In particolare, se si focalizzano le componenti di giustizia riparativa<sup>25</sup>, incorporate in tali istituti o aggiunte ad essi in via di interpretazione, ci si accorge come rispondano a logiche eccentriche rispetto a quelle che sorreggono le scelte politico-criminali della depenalizzazione.

Un conflitto originato da un illecito depenalizzato, che esula dalla sfera di interesse del sistema penale, può essere invece di particolare interesse nella prospettiva della giustizia riparativa e diventare oggetto di un percorso mediazione. In quella sede possono emergere i motivi profondi del conflitto – capaci di portare a vittimizzazione ripetuta o innescare la c.d. *escalation* del conflitto<sup>26</sup> – e, conseguentemente, essere gestiti i sentimenti di rabbia, di vergogna, di timore, di paura, di solitudine, di umiliazione o di rancore provati dalla vittima del reato o anche dall'autore dell'illecito.

Si consideri, ad esempio, il danneggiamento: nella forma base è stato oggetto di depenalizzazione ad opera del d.lgs. 16 gennaio 2016, n. 7<sup>27</sup>, che ha generato una parcellizzazione e un bizantinismo normativo peraltro non estraneo al nostro codice penale. Espunto dall'alveo penalistico, nella sua forma classica, in cui tipicamente la condotta è indirizzata su cose mobili di proprietà di una persona fisica senza i connotati della violenza o della minaccia, il danneggiamento è stato trasformato in illecito civile con sanzione pecuniaria da cento a ottomila euro, applicata dal giudice civile<sup>28</sup>. Tuttavia l'illecito è sicuramente tra quelli mediabili, costituendo una costante criminologica di cui si coglie la proiezione pubblica anche nella prospettiva di tutela delle condizioni minime di convivenza civile.

---

*anticipazioni del futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2011, disponibile a: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Palazzo.pdf> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>25</sup> C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Diritto penale e processo*, XXIII(10), 2017, pp. 1274-1282.

<sup>26</sup> Una formalizzazione dell'*escalation* del conflitto in nove gradi – dal «*Verhärtung*» al «*Gemeinsam in den Abgrund*» – è proposta da F. Glasl, *Konfliktmanagement: Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater*, Freies Geistesleben GmbH, Stuttgart, 2013.

<sup>27</sup> A. Gullo, *Commento ai d. lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, in *Leg. pen.*, 29 luglio 2016; v. anche A. Gullo, *I recenti interventi di depenalizzazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani, 2017, disponibile a: [http://www.treccani.it/enciclopedia/i-recenti-interventi-di-depenalizzazione\\_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/i-recenti-interventi-di-depenalizzazione_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/>) (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>28</sup> In argomento si vedano: A. Gargani, voce *Illecito civile punitivo*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, X, Giuffrè, Milano 2017, pp. 487 ss.; R. Guerrini, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in G. M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Lavis, 2017, pp. 31 ss.; più di recente, sempre di A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Leg. pen.*, 3 dicembre 2018.

Collocato tra gli illeciti civili, suscettibile ora di mediazione civile/commerciale, il danneggiamento potrà ben più difficilmente beneficiare dello spessore appartenente alla mediazione umanistica, che viene proposta per i conflitti aventi rilevanza penale. La gestione della controversia si risolverà, allora, secondo logiche transattive che non lasciano emergere i vissuti, correlati ai veri motivi del conflitto, il quale, come insegna J. Morineau, non può essere mai interpretato esclusivamente attraverso il proprio oggetto: «quest'ultimo è solo un pretesto che fa scatenare una violenza nata altrove»<sup>29</sup>.

## 2.2. – La deflazione

Con il termine «deflazione» si indica un insieme di meccanismi eterogenei (legislativi, processuali, esecutivi e persino fattuali) atti ad incidere sull'assetto delle norme incriminatrici, controbilanciando la tendenza espansiva dell'ordinamento penale<sup>30</sup> ed adeguando l'ambito delle incriminazioni all'evoluzione e ai mutamenti – per lo più di matrice socio-economica e culturale – dei bisogni di pena che promanano da una determinata collettività.

La deflazione, prima ancora di essere *effetto* di scelte normative, è di per sé una strategia politico-criminale, la quale si traduce, in concreto, nel ricorso a meccanismi differenziati: dalla depenalizzazione in chiave deflativa, all'introduzione di riti processuali alternativi al pieno dibattimento, a loro volta caratterizzati da esigenze di economia probatoria e di semplificazione del rito; dall'adozione di meccanismi limitativi della procedibilità<sup>31</sup> o estintivi del reato, alla previsione di modelli sospensivi del processo<sup>32</sup>. Si può senz'altro affermare, pertanto, che è la *comune finalità* a legare meccanismi tra loro diversi, i quali, nonostante le differenze strutturali e operative, finiscono con il poter essere ricondotti al più generale paradigma teorico-fattuale della deflazione penale.

A partire da queste sintetiche considerazioni e avendo riguardo alle caratteristiche qualitative della giustizia riparativa – declinate, da ultimo, dalla Raccomandazione

---

<sup>29</sup> J. Morineau, *L'esprit de la Médiation*, Erès, Toulouse, 1998, trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 88.

<sup>30</sup> A. Gullo, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2016, disponibile a: <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4461-deflazione-e-obblighi-di-penalizzazione-di-fonte-ue>> (ultimo accesso dicembre 2019); T. Padovani, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida al Diritto*, (1)2016, p. 12.

<sup>31</sup> F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>32</sup> N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014.

del Consiglio d'Europa CM/Rec(2018)8 –, si comprendono le difficoltà teorico-pratiche di apprezzare in termini di deflazione i programmi di *restorative justice*.

Se quella della deflazione è prospettiva adeguata da cui guardare ai meccanismi di sospensione del processo, non è certo l'angolazione giusta per cogliere il valore dei programmi di giustizia riparativa, inclusa la mediazione. Rispetto a quest'ultima, quella della deflazione appare all'interprete come una prospettiva per certi aspetti fuorviante e, per altri, in un certo senso, angusta.

Da un lato, una *policy* orientata alla deflazione pretende troppo: chiede cioè ai programmi di giustizia riparativa e, in particolare, alla mediazione di riuscire a ridurre il carico giudiziario, alleggerendo il lavoro degli uffici. Essendo la giustizia riparativa, e soprattutto la mediazione, una modalità di intervento sui conflitti a base consensuale e volontaria, già questo mal si concilia con il perseguimento efficace di istanze marcatamente deflative.

Anche per il fatto di richiedere la presenza di una vittima in carne ed ossa – sia pure aspecifica o surrogata – la giustizia riparativa diventa modalità di intervento settoriale e, per certi aspetti, di nicchia. Ciò non implica tuttavia, a giudizio di chi scrive, che non debba essere utilizzata secondo un modello generalista, e cioè offerta a tutte le vittime indipendentemente dalla gravità del reato subito, come indicano espressamente le fonti sovranazionali<sup>33</sup>.

Dunque la deflazione è scarsamente perseguibile per il tramite della giustizia riparativa.

Dall'altro lato, una *policy* orientata alla deflazione, offre poco in termini di comprensione del valore, delle potenzialità e delle ricadute dei programmi di giustizia riparativa: non è infatti sul piano della brutale e asettica riduzione quantitativa del contenzioso che emerge la valenza di un modello di gestione dei conflitti orientato alla vittima – ma in realtà, come si legge al punto 15 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018, a entrambe le parti<sup>34</sup> – e fondato su dinamiche qualitative di ascolto

---

<sup>33</sup> V. la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8: «II, 6. *Restorative justice may be used at any stage of the criminal justice process. For example, it may be associated with diversion from arrest, charge or prosecution, used in conjunction with a police or judicial disposal, occur before or parallel to prosecution, take place in between conviction and sentencing, constitute part of a sentence, or happen after a sentence has been passed or completed. Referrals to restorative justice may be made by criminal justice agencies and judicial authorities, or may be requested by the parties themselves.*

<sup>34</sup> In questi termini, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8: «15. *Restorative justice should not be designed or delivered to promote the interests of either the victim or offender ahead of the other. Rather, it*

attento e attivo, di empatia, di riconoscimento dell'umanità e della dignità dell'altro, di riparazione simbolica prima ancora che materiale.

### 2.3. – *La diversion*

«Diversione»: nel lessico penalistico si pone quale calco morfologico<sup>35</sup> dal termine anglosassone «*diversion*»<sup>36</sup>. Il termine offerto in traduzione rispetto a *diversion* – anglicismo peraltro ormai invalso nella dottrina penalistica italiana – è diversione. Ma il significato che al termine *diversion* si attribuisce ha a che fare parzialmente con il quello originario di «diversione», il quale deriva dalla lingua latina, dove ha il significato di «deviare»<sup>37</sup>.

Nella prospettiva penalistica, infatti, è presente solo una quota del significato del termine latino, che si sostanzia nel riferimento a ciò che prende una strada diversa da quella originaria o programmata.

La *diversion* è qualcosa di più di una deviazione, è piuttosto una tecnica volta a spezzare la sequenza reato-pena<sup>38</sup>, generando una fuoriuscita anticipata dell'autore di reato dal circuito penale-processuale<sup>39</sup>, la quale risponde a una precisa linea di politica

---

*provides a neutral space where all parties are encouraged and supported to express their needs and to have these satisfied as far as possible*». Il testo è disponibile a: < <https://rm.coe.int/168091ebf7>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>35</sup> Molti sono gli esempi, nella lingua italiana, di calchi morfologici (detti anche calchi strutturali): grattacielo è un calco morfologico dall'inglese *skyscraper*, che a sua volta è un calco morfologico del francese *gratte-ciel*. Il termine ferrovia è calco morfologico dal tedesco *Eisenbahn* (*Eisen*, ferro, e *Bahn*, via). In argomento v., tra i molti, J. Visconti, *Prestiti e calchi: dove va la lingua italiana*, in B. Pozzo, F. Bambi (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia. Atti del Convegno*. Accademia della Crusca, Firenze, 2012, p. 189. Fondamentale, in materia, il lavoro di R. Gusmani, *Saggi sull'interferenza linguistica*, Le Lettere, Firenze, 1986.

<sup>36</sup> Il termine «*diversion*» è stato usato per la prima volta da E. M. Lemert nell'opera *Instead of Court: Diversion in Juvenile Justice*, Public Health Service Publication No. 2127, Washington D.C., 1971.

<sup>37</sup> Dal lat. tardo *diversio-onis*, der. di *divertĕre* «deviare». Si usa sia in senso attivo (come deviazione di un corso d'acqua) che figurato, come digressione da un discorso principale. Nel linguaggio milit., movimento diretto a richiamare in un punto le forze del nemico, con il proposito d'indebolirlo dalla parte dove s'intende effettivamente attaccarlo: *fare, operare una diversione*. Da vocabolario Treccani, disponibile a: <<http://www.treccani.it/vocabolario/diversione/>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>38</sup> Da ultimo, F. Palomba, *La lunga strada verso la giustizia riparativa in Italia*, in P. Patrizi (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019, pp. 103 s.

<sup>39</sup> Per una ricognizione dei meccanismi di *diversion*, con una particolare attenzione sia alle fonti sovranazionali che alla comparazione, v. C. Mazzucato, *La mediazione nel sistema penale minorile*, in

criminale. Come tale, la *diversion* trova ampia applicazione nell'ambito del sistema penale minorile<sup>40</sup>, sull'assunto che nei confronti del minorenne deviante debbano prevalere esigenze educative, prima ancora che rieducative, le quali potrebbero risultare, viceversa, compromesse dal contatto con il processo, la pena e l'ambiente carcerario<sup>41</sup>.

A una osservazione diacronica, la *diversion* si presenta quale meccanismo endo-penalistico pensato inizialmente per ottimizzare le esigenze rieducative dell'autore del reato e poi esteso, con formule adattate, agli illeciti legati alla sicurezza nei luoghi di lavoro, ai reati ambientali<sup>42</sup> e a quelli riferibili all'ente.

Se la prospettiva della *diversion* è coerente con l'inquadramento sistematico dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, meno lo è, nello specifico, con quello della mediazione reo-vittima, e in generale, con i programmi di giustizia riparativa.

---

B. Barbero Avanzini (a cura di), *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Franco Angeli, Milano, 1998, pp. 130 ss.

<sup>40</sup> Nel contesto della giustizia minorile, una tipica forma di *diversion* è costituita dall'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, previsto dall'art. 28 del d.P.R. 448/1988. In argomento si rinvia al numero monografico della rivista del Ministero della Giustizia *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità*, Gangemi, Roma, 2015. Tra i primi contributi in materia, S. Ciappi, A. Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e retribuzione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano 1997, p. 74.

<sup>41</sup> Cfr. S. Larizza, *Le nuove risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in E. Palermo Fabris, P. Zatti, A. Presutti (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 254. In questa direzione va altresì la sentenza della Corte Costituzionale n. 90 del 22 febbraio 2017, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., per contrasto con gli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2 Cost., nella parte in cui osta alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per alcuni gravi delitti. La *ratio* è esattamente quella di evitare gli effetti desocializzanti connessi alla permanenza in carcere del minorenne. In argomento v. Francesca Manfredini, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, (7-8) 2017, pp. 212-221.

<sup>42</sup> Al riguardo v. le considerazioni di A. Martufi, *La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche. Alcune annotazioni in merito alla speciale procedura estintiva prevista per le contravvenzioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Diritto penale contemporaneo*, (1) 2018, disponibile a: < [http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/martufi\\_1\\_18.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/martufi_1_18.pdf) > (ultimo accesso dicembre 2019). L'Autore sostiene che: «La natura ibrida (e di ardua catalogazione dogmatica) del procedimento definitorio in esame [estinguere talune contravvenzioni di cui al d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152] suggerisce di ricorrere a una categoria di derivazione anglosassone, ma oramai in uso anche in Italia: quella della "diversione". Pur configurandosi, a prima vista, come una deviazione dall'ordinaria sequenza del procedimento penale, la diversione ambisce a perseguire obiettivi di carattere sostanziale, tra i quali spicca la realizzazione del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale. Orbene, il nuovo congegno in materia ambientale, per un verso, sottrae la controversia al meccanismo processuale richiedendo – di regola a pena di improcedibilità – l'attivazione di una dinamica ripristinatoria "contrattata"; per altro verso, si configura come una tecnica di degradazione d'illecito che, attraverso una rinuncia alla sanzione penale, realizza opzioni politico-criminali latamente ispirate all'ideale di sussidiarietà» (p. 298).

La giustizia riparativa supera infatti la prospettiva della mera *diversion*, la quale offre infatti, di per sé, un'antropologia povera del conflitto, avendo come *focus* la gestione extraprocessuale dell'illecito in favore dell'autore del reato, per contenere gli effetti desocializzanti e criminogeni dell'etichettamento legati alla vicenda processuale e sanzionatoria.

Sebbene maggiormente adeguata delle precedenti, quella della *diversion* non è prospettiva sufficientemente ampia per cogliere il significato completo e concreto della giustizia riparativa e, in particolare, del suo strumento cardine – la mediazione – almeno per come ciò risulta ribadito dalla Raccomandazione CM/Rec (2018)8. Nelle dinamiche di *diversion* quali la messa alla prova o l'esclusione della procedibilità/punibilità per tenuità del fatto, infatti, spesso manca la partecipazione *attiva* di entrambe le parti. La condotta riparatoria o ripristinatoria non nasce dall'incontro tra le parti e perciò dal dialogo – termine cruciale per identificare qualitativamente i programmi di giustizia riparativa<sup>43</sup> –, ma costituisce una monetizzazione del proprio comportamento illecito<sup>44</sup>, la quale potrebbe determinare, per una sorta di eterogenesi dei fini, una forma di massimizzazione del profitto e non avere quella valenza anche simbolica che è propria della *restorative justice*.

### 3. La prevenzione

Veniamo ora alla «prevenzione». Il lessema, intrinsecamente aperto a molteplici interpretazioni, delinea, per logica, un concetto di relazione: la prevenzione implica sempre l'esistenza di un *fenomeno* esterno all'osservatore e la predisposizione di una *strategia di intervento* al primo correlata – sia essa una scelta di *policy* o un modello

<sup>43</sup> Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8, cit., II.4: «La giustizia riparativa prende sovente la forma di un dialogo (diretto o indiretto) tra la vittima e l'autore dell'illecito, e può anche includere, eventualmente, altre persone direttamente o indirettamente toccate da un reato». Sulla dimensione dialogica quale tratto caratterizzante i programmi di giustizia riparativa diversamente da quanto avviene nelle dinamiche processuali v. S. Quattrocolo, *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences within the Framework of the European law*, in S. Quattrocolo, S. Ruggeri (a cura di), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, Springer, Cham, 2019, p. 470.

<sup>44</sup> Sulla tendenza alla monetizzazione delle cause di non punibilità v. le osservazioni di A. Astrologo, *le nuove forme di declinazione della non punibilità*, in F. Sgubbi, D. Fondaroli, *Il 'mercato della legge penale': nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2011, p. 13.

operativo e di intervento – rispetto alla quale sono da valutare differenti parametri, tra cui, principalmente, la legittimità, la congruità, la proporzionalità e l'efficacia.

«Prevenzione» è un termine talmente ampio – una parola «valigia» direbbe Borgna<sup>45</sup> – che risulta impraticabile una trattazione unitaria del suo significato, inclusivo dello spessore socio-criminologico.

Una prima grande dicotomia potrebbe essere quella che distingue, a livello di *policy*, le scelte di *politica criminale* da quelle di *politica penale e/o sociale*. Rispetto alla prevenzione del crimine – materia oggetto di riflessione e di indicazioni anche a livello sovranazionale<sup>46</sup> – si tratta di valutare azioni, mezzi, strategie di medio e lungo periodo che possono fondarsi su politiche sociali o su specifiche opzioni di politica criminale. Le due dinamiche sono interrelate e si pongono in un rapporto dialettico dove ciascuna, alternativamente, può svolgere funzioni dominanti o recessive, fino a sovrapporsi quasi completamente all'altra. Martha Nussbaum rileva, al riguardo, rispetto all'esperienza statunitense, come la politica penale si sia appiattita sulla politica criminale<sup>47</sup>. Tale fenomeno presenta un volto inquietante perché alimenta l'idea che, nella gestione della criminalità, ci si possa concentrare quasi esclusivamente sulla modulazione delle leve sanzionatorie, secondo una prospettiva che intende massimizzare l'approccio retributivo e la certezza delle sanzioni, mentre le strategie sanzionatorie sono solo una parte – non necessariamente quella più importante o più efficace – di una progettualità che dovrebbe avere diverso e più ampio respiro, includendo investimenti significativi nell'alimentazione, nell'istruzione, nella salute, nella casa, nel lavoro e in altro ancora.

Tornando al termine prevenzione, esso appare talmente ampio da evocare anzitutto punti di osservazione che derivano da diversi settori delle scienze sociali: il diritto, la criminologia, la sociologia, la psicologia, la pedagogia e, naturalmente, la filosofia. Sotto il profilo giuridico, esso rinvia, almeno nel nostro ordinamento, a una pluralità di questioni teoriche e prasseologiche: dalla legittimazione delle sanzioni sulla base delle c.d. «teorie relative» – che fanno della capacità preventiva della pena la loro

---

<sup>45</sup> E. Borgna, *Parlarsi. La comunicazione perduta*, Einaudi, Torino, 2017, p. 76.

<sup>46</sup> Si pensi alla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia: nuove sfide nel XXI secolo (X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei detenuti, Vienna, 10-17 aprile 2000, A/CONF. 187/4/Rev. 3). Ma v. le schede informative del 13° Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e la Giustizia Penale (Doha, 12-19 aprile 2015), disponibili a: <<https://www.unric.org/it/attualita/30592-13d-congresso-sulla-prevenzione-del-crimine-e-la-giustizia-penale>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>47</sup> M.C. Nussbaum, *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, and Justice*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2016, trad. it. *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, il Mulino, 2017.

stessa *ratio essendi* – alla prevenzione della pericolosità attraverso le misure di sicurezza, inclusa la confisca, fino alle misure di prevenzione *ante delictum*<sup>48</sup>.

Ai fini dell'economia del presente lavoro, tuttavia, il termine prevenzione va assunto nella accezione ristretta di *controllo del crimine*<sup>49</sup> – da intendersi nell'accezione diadica di *repressione* e *contenimento* del fenomeno delittuoso.

L'endiadi include sia la prospettiva della *prevenzione generale* – nella versione *negativa*, che la limita alla deterrenza, e nella variante *positiva*, che la associa a fattori anche psicanalitici di interiorizzazione dei precetti e rafforzamento degli standards morali – sia la *prevenzione speciale*, in particolare nella prospettiva della *desistenza*. Quest'ultima, a sua volta, impatta sulla questione dei tassi di recidiva, tradizionale banco di prova delle teorie finalistiche della pena riconducibili – con varie accezioni terminologiche ed ermeneutiche – proprio al concetto di prevenzione speciale. Di rilievo, è anche la prospettiva delle c.d. «teorie ottimiste della pena», che si alimentano del contributo delle neuroscienze, e propongono una rivisitazione del fondamento epistemologico della legittimazione della pena in termini di prevenzione<sup>50</sup>.

La questione dell'efficacia preventiva degli strumenti di *diversion* e dei programmi di giustizia riparativa richiede un approccio differenziato.

Anzitutto è indispensabile individuare su quale specifico tipo di prevenzione si vuole effettuare la misurazione empirica: l'alternativa si gioca tradizionalmente sulla duplice corda della *prevenzione generale* e della *prevenzione speciale*. Un macro-obiettivo potrebbe essere considerato, infatti, la diminuzione della cifra frequenziale, se non della criminalità nel suo complesso, almeno di alcuni tipi di illecito; l'altro macro-obiettivo sarebbe quello, di stampo più tradizionale, della riduzione della recidiva.

Tra le chiavi di lettura dell'efficacia reattiva delle «agenzie del controllo formale» atte a orientare la scelta del tipo di prevenzione da perseguire, c'è anche quella «costi-benefici», applicabile all'intera gamma delle sanzioni (custodiali, semi-custodiali, sostitutive e alternative). Gli studi in materia da tempo segnalano, sia pure con alcuni

---

<sup>48</sup> Sulle misure di prevenzione v, da ultimo, AA.VV., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo*, cit. Cfr. anche F. Fiorentin, *Le misure di prevenzione personali. Nel codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito di manifestazioni sportive*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>49</sup> Difficile offrire un riferimento bibliografico su una materia tanto sterminata. Si veda, come opera di riferimento, B.C. Welsh, D.P. Farrington (a cura di), *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2012. La polivalenza del termine è affrontata in esordio del capitolo I (B.C. Welsh, D.P. Farrington, *Crime prevention and public policy*), p. 3.

<sup>50</sup> Cfr. M.B. Magro, *Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, (10) 2018, pp. 171-205, disponibile a: <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/3731-magro2018a.pdf>> (ultimo accesso dicembre 2019).

limiti, come gli interventi sanzionatori possiedano un'efficacia in termini di benefici inversamente proporzionale ai costi. La gerarchia redatta sotto il profilo costi-benefici è sorprendente. La pena detentiva – che è economicamente lo strumento più costoso – sembrerebbe avere le peggiori *performance* in termini di riduzione della recidiva; via via che si scende dalle pene custodiali a quelle semi-custodiali e alle misure alternative sembrano diminuire i costi di implementazione delle sanzioni mentre parallelamente aumenta la capacità di queste ultime di contenere la recidiva<sup>51</sup>.

Sulla validazione empirica della pena in chiave preventiva – come rileva Palazzo – incombe tuttavia il dubbio che il razionalismo contrattualistico posto a fondamento della necessità di punire si sia ammantato di una scientificità – basata su modelli di misurazione degli effetti delle sanzioni sui destinatari e sulla collettività – atta a perpetuare i meccanismi della ritorsione. L'epilogo viene descritto da Palazzo in termini inequivoci: «il razionalismo e lo scientismo penologico della modernità hanno (...) avuto l'effetto di addormentare per secoli le coscienze ingenerando l'illusione di avere ammansito e addirittura neutralizzato le pulsioni violente della giustizia vendicativa»<sup>52</sup>.

Neppure i programmi di giustizia riparativa, benché fondati su logiche diverse da quelle punitive<sup>53</sup>, si sottraggono a esigenze di monitoraggio quanto alla loro efficacia. In questo caso, però, la valutazione in termini preventivi appare più complessa. La Raccomandazione del Consiglio d'Europa in materia di giustizia riparativa del 2018 riconosce una valenza, preventiva della *restorative justice* legata alla promozione di un ruolo attivo della collettività e dei singoli individui nella gestione del conflitto<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> A tutt'oggi insuperate le riflessioni di C.E. Paliero, *Metodologie de lege fedenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 551- 554. Ampiamente, sull'economia della pena, si rinvia ancora C. E. Paliero, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 539-610.

<sup>52</sup> F. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, (4)2017, p. 6, fascicolo dedicato a *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, disponibile a: <[http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Riv\\_Trim\\_4\\_17\\_Palazzo.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_4_17_Palazzo.pdf)> (ultimo accesso dicembre 2019). Di grande interesse, sulla giustizia vendicativa, le osservazioni, condotte a partire dall'analisi del mito, da U. Curi, *Il colore dell'inferno*. Bollati Boringhieri, Milano, 2019, *passim*.

<sup>53</sup> Sull'autonomia concettuale della giustizia riparativa rispetto al diritto penale sia consentito rinviare alla bibliografia indicata da G. Mannozi, *Giustizia riparativa (voce)*, in *Annali Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 465-486.

<sup>54</sup> Tra i considerando della Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8, cit., è presente la seguente riflessione: «Riconoscendo che la giustizia riparativa potrebbe aumentare la consapevolezza circa l'importante ruolo degli individui e della collettività nel prevenire e nel rispondere alla devianza e ai conflitti a essa associati, incoraggiando in tal modo risposte della giustizia penale più costruttive». Sul ruolo attivo delle parti v. le considerazioni di F. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., p. 10.

Anzitutto, in relazione ai programmi riconducibili al paradigma riparativo, molteplici sono gli indicatori osservabili per verificare dinamiche preventive. Ampio il ventaglio di possibilità che vanno dalla diminuzione della recidiva dell'autore del reato, al livello di soddisfazione per il percorso seguito da parte della vittima, dalla sensazione di sperimentare un trattamento secondo giustizia da parte del reo, alla sperimentazione della *closure* da parte della vittima, dal rafforzamento dei legami fiduciali, al contenimento dell'allarme sociale all'interno della comunità<sup>55</sup>. Alcuni di questi fattori, peraltro, sono difficilmente misurabili perché hanno a che fare con dati di tipo percettivo. Ancora una volta, la recidiva resta un banco di prova importante. Ad oggi, infatti, maggiormente documentate appaiono, anche rispetto ai programmi di giustizia riparativa, le indagini empiriche che hanno ad oggetto la rilevazione della ricaduta nel reato. Particolarmente interessanti sono le conclusioni a cui giungono Sherman e Strang<sup>56</sup>, ma anche le ricerche condotte, prima di loro, da Robinson e Shapland<sup>57</sup> e da Lauwert e Aertsen<sup>58</sup> sul più ampio parametro di «desistenza».

Il fare verità in modo dialogico, quando non è inteso come mera ricostruzione della verità processuale dei fatti, bensì come ascolto attento e attivo dell'altro, e perciò come *storytelling* di percorsi personali pre- e post- reato, può consentire la svolta che si concretizza nella comprensione e presa di distanza dalle scelte comportamentali che hanno determinato la violazione di norme penali<sup>59</sup>, generando sofferenza<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Per una sintesi efficace v. T. Chapman, *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in P. Patrizi (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019, p. 46.

<sup>56</sup> W. Sherman-H. Strang, *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute, London, 2007, disponibile a: <[http://www.iirp.edu/pdf/RJ\\_full\\_report.pdf](http://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf)> (ultimo accesso dicembre 2019). Più cauto, J. Bonta, *Restorative Justice And Recidivism*, disponibile a: <<http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/jstc-rcdvs/index-en.aspx>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>57</sup> G. Robinson, J. Shapland, *Reducing Recidivism: A Task for Restorative Justice?*, in *British Journal of Criminology*, (48), 2008, pp. 337-358.

<sup>58</sup> Per una indagine comparata su *restorative justice* e *desistance*. V. K. Lauwaert and I. Aertsen (a cura di), *Desistance and restorative justice. Mechanisms for desisting from crime within restorative justice practices*, European Forum for Restorative Justice, 2015, disponibile a: <<http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/11/Research-report-desistance-and-RJ-total-doc-24-11-final.pdf>> (ultimo accesso dicembre 2019). In particolare, sul concetto di *desistance* e sulle differenze con il concetto di *recidivism*, v. le pp. 16-18.

<sup>59</sup> S. Maruna, *Desistance and restorative justice. It's now or never*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 4(3), 2016, pp. 289-301. K. Lauwaert, I. Aertsen, *With a little help from a friend: desistance through victim-offender mediation in Belgium*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 4(3), 2016, pp. 345-368 (in part. p. 353).

<sup>60</sup> L. Eusebi, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019 (in corso di pubblicazione).

#### 4. Gli istituti funzionali all'estinzione del reato al cospetto delle strategie di deflazione, depenalizzazione, *diversion* e prevenzione

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e rispetto ai criteri politico-criminali facenti capo alla prevenzione, alla depenalizzazione, alla *diversion*, e alla deflazione, occorre verificare come si collochino gli istituti funzionali all'estinzione del reato che, per dettato normativo, prevedono espressamente o consentono implicitamente percorsi di giustizia riparativa. Il riferimento sarà, principalmente, alla sospensione del processo con messa alla prova e all'estinzione del reato per condotte riparatorie, da qui in avanti intesi più come idealtipi, cioè come espressione di linee politico-criminali volte al contenimento di risposte penali ritorsive, che come istituti declinati nelle singole specificità concrete.

Anzitutto va rilevato come la sospensione del processo con messa alla prova (in gergo legale MAP) costituisca un modello di *diversion* che può servire a scopi diversi: di *non desocializzazione* (se la si pensa rispetto alla *ratio* dell'originaria introduzione nel sistema penale minorile) ma anche di *deflazione* del carico giudiziario (ed è questo lo spirito con cui è stata prevista nell'ambito della giustizia penale per gli adulti). A favore del perseguimento di un intento deflativo depongono le statistiche elaborate sino ad ora dal ministero della giustizia<sup>61</sup>, le quali mostrano un *trend* crescente di ricorso alla sospensione del processo con messa alla prova a discapito del procedimento ordinario o dei riti processuali differenziati (patteggiamento e giudizio abbreviato). Al riguardo va però precisato che la MAP richiede comunque l'espletamento di alcune udienze<sup>62</sup>, sicché ad essere deflazionato è probabilmente solo il segmento dell'*iter* processuale concernente il gravame, il quale normalmente consegue a una condanna a pena detentiva ma non la concessione della MAP.

Se della MAP si colgono agevolmente la valenza educativa correlata alla *diversion* e il potenziale deflativo, altrettanto facilmente se ne afferra l'estraneità alle logiche di depenalizzazione, anche in concreto: il significato criminale della violazione e, perciò, il valore del precetto penale, infatti, restano intatti indipendentemente dal percorso processuale scelto dell'accusato.

Le stesse argomentazioni valgono sostanzialmente rispetto agli istituti che, ubicati in diversi settori dell'ordinamento (dalla normativa per i minorenni a quella per

---

<sup>61</sup> Cfr. la Relazione del Senato della Repubblica sullo «Stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato» (Aggiornata al 31 maggio 2018) e disponibile a: <<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/339808.pdf>> (ultimo accesso dicembre 2019).

<sup>62</sup> V. Bove, *La messa alla prova*, Pacini Giuridica, Ospedaletto (PI), 2018, p. 15.

gli adulti, ai reati di competenza del giudice di pace), consentono l'estinzione del reato per condotte riparatorie.

Palese è la logica di *deflazione*, ancorché essi richiedano attività di udienza. Inoltre, i modelli estintivi del reato correlati a condotte riparatorie sono il veicolo attraverso il quale l'autore del reato costruisce il proprio percorso di *diversion*: anziché sottomettersi alle logiche del processo a epilogo eventualmente sanzionatorio, il soggetto promuove, attraverso una condotta antagonistica dell'offesa, il proprio autonomo percorso di fuoriuscita anticipata dal circuito processuale.

Che questo risponda anche agli scopi della *prevenzione* è questione destinata a rimanere aperta. Possiamo ipotizzare che l'aver posto in essere una condotta restitutoria, risarcitoria e/o volta a elidere o riparare gli effetti dannosi o pericolosi di quella illecita, può essere letto come l'avvio di un percorso, per usare un lessico che suona forse ottocentesco, di auto-ravvedimento. Se si fosse certi di poter escludere che l'opzione riparatoria sia strumentale a evitare conseguenze di tipo sanzionatorio, ben si potrebbe dire che la condotta antagonistica dell'offesa costituisca la prova più affidabile dell'interiorizzazione del precetto. Ne consegue che il precetto riuscirebbe comunque a trovare la propria conferma di validità anche attraverso una pronuncia giudiziale di estinzione del reato, in quanto legata a dinamiche in senso lato riparative tali da azzerare o comunque da minimizzare il bisogno di pena.

Nella realtà, tuttavia, il profilo dell'eventuale strumentalità delle condotte riparatorie resta completamente opaco per il semplice fatto che da dinamiche processuali ridotte all'osso non riescono a emergere in modo significativo almeno due dati importanti concernenti l'autore di reato: una reale ed effettiva *comprensione del valore* della norma violata; il maturare di un autentico sentimento di responsabilità *verso la vittima*.

L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, se non preceduta o accompagnata da percorsi di *restorative justice*, appare un *iter* del tutto «inespressivo»; esso si sostanzia nella mera comunicazione processuale, per il tramite del difensore, di aver posto in essere condotte riparatorie senza che risulti un percorso preparatorio documentabile e comunicabile almeno nei suoi esiti complessivi dal quale si possa evincere la comprensione del precetto penale violato e il riconoscimento dei bisogni delle vittime. Siffatto percorso, pertanto, difficilmente potrebbe costituire quella base sufficientemente sicura per la formulazione di un giudizio prognostico in termini di prevenzione della recidiva.

Da un'ottica più generale e sistemica va peraltro osservato che i percorsi di giustizia riparativa consentiti, ancorché non previsti espressamente (e perciò si potrebbe

meglio dire *non esclusi*) dagli istituti estintivi del reato – intesi quale momento preliminare e qualificante rispetto a condotte riparatorie – oppure previsti come (pseudo) prescrizione nel contesto della messa alla prova, almeno per quanto attiene alla criminalità degli adulti, mal si conciliano con ciascuna delle quattro logiche poste come cornice, con funzione di delimitazione teorica di questo lavoro.

Si pensi al percorso di mediazione reo-vittima, uno dei principali metodi della giustizia riparativa. La mediazione è del tutto estranea a logiche di depenalizzazione, che implicano una degradazione del bene da tutelare, affidato al presidio di norme non penali. Essa non «bagatellizza» l'offesa; al contrario, in virtù del proprio *modus operandi*, porta all'ermeneutica del valore contenuto nella norma incriminatrice, secondo un percorso che chiarifica e valorizza la linea di tutela scelta dall'ordinamento quale baluardo invalicabile rispetto ai requisiti minimi di convivenza pacifica.

Neppure sembra inquadrabile, la mediazione, tra gli strumenti di *diversion* perché questo termine e il sostrato concettuale ad esso sotteso tradiscono un punto di vista – tipico del processo *adversary*<sup>63</sup> – ancora focalizzato esclusivamente sull'autore del reato e adombrano una strumentalità della vittima a logiche di non desocializzazione, estranee alla sfera dei bisogni di riconoscimento e di riparazione che promanano dalle vittime stesse.

I percorsi di giustizia riparativa non si muovono nell'orbita della rieducazione del reo, sebbene possano avere effetti positivi sul contenimento della recidiva, ma incoraggiano, viceversa, quale traiettoria privilegiata di azione, la presa in carico e la tutela dei bisogni delle vittime, inclusi quelli relativi a evitare riverberi di vittimizzazione secondaria e ripetuta. Tale istanza è espressa chiaramente e in più parti nella Direttiva 2012/29/UE, tanto da poter affermare che la trama dei bisogni (di protezione, di ascolto, di riconoscimento sociale)<sup>64</sup> e delle necessità anche

---

<sup>63</sup> Da ultimo, una conferma in tal senso, sia pure in riferimento a Inghilterra e Galles, in K. Leader, *Report in England and Wales*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri (a cura di), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, Springer, Cham, 2019, p. 80.

<sup>64</sup> Al riguardo, nella Direttiva 2012/29/UE, si indicano – senza pretesa di completezza – i seguenti considerando: 16 («bisogno di un'attenzione, un'assistenza e una protezione speciali, a motivo della particolare natura del reato commesso nei loro riguardi»); 17 («bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza»; Analogamente anche il Considerando 55); 18 («Le vittime di violenza nell'ambito di relazioni strette possono pertanto aver bisogno di speciali misure di protezione»).

immediate<sup>65</sup> della vittima (tra queste, quella di essere compresi o di una casa sicura)<sup>66</sup> ne pervada l'intero testo e culmini nelle statuizioni secondo le quali i bisogni della vittima sono «molteplici»<sup>67</sup> e i programmi di giustizia riparativa dovrebbero essere avviati *nell'interesse della vittima*<sup>68</sup>. Dove «interesse» significa correlazione a bisogni che possono essere *accolti* in quanto *riconosciuti*, riconosciuti perché *ascoltati* e ascoltati perché i programmi di giustizia riparativa sono chiamati a garantire, *in primis*, uno spazio protetto di ascolto.

D'altra parte, la *ratio* sottesa alla c.d. «valutazione individuale della vittima» – di cui all'art. 22 della Direttiva del 2012 – sta nella possibilità di «identificare le esigenze specifiche di protezione delle vittime e determinare la necessità di speciali misure di protezione»<sup>69</sup>.

L'intelaiatura di interventi di *restorative justice* sulle esigenze e necessità della vittima è peraltro confermata dalla Raccomandazione CM/Rec/2018(8).

Sebbene dalla Raccomandazione emerga un'esigenza forte di bilanciamento tra le necessità della vittima e quelle dell'autore di reato, ciò non vuol dire che i bisogni della vittima siano chiamati a retrocedere. Anzi, la Raccomandazione chiede per la vittima la possibilità di una voce più forte («*stronger voice*»)<sup>70</sup>, la quale è coerente

<sup>65</sup> Direttiva 2012/29/UE, Considerando 9: «In tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio che entri in contatto con le vittime, quali i servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa, si dovrebbe tenere conto della situazione personale delle vittime e delle loro *necessità immediate*, dell'età, del genere, di eventuali disabilità e della maturità delle vittime di reato, rispettandone pienamente l'integrità fisica, psichica e morale» (corsivi aggiunti).

<sup>66</sup> Nell'ambito della Direttiva 2012/29/UE, per le necessità si vedano: il Considerando 35 (sulla necessità di una traduzione linguistica a garanzia del diritto di comprendere e di essere compresa); il Considerando 37 («L'assistenza dovrebbe essere disponibile dal momento in cui la vittima è nota alle autorità competenti e nel corso di tutto il procedimento penale e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale in funzione delle *necessità* della vittima»); il Considerando 58 («Le preoccupazioni e i timori delle vittime in relazione al procedimento dovrebbero essere fattori chiave nel determinare l'eventuale *necessità* di misure particolari») (corsivi aggiunti).

<sup>67</sup> V. il Considerando 62 della Direttiva 2012/29/UE: «Gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione lo sviluppo di “punti unici d'accesso” o “sportelli unici”, che si occupino dei molteplici bisogni delle vittime allorché sono coinvolte in un procedimento penale, compreso il bisogno di ricevere informazioni, assistenza, sostegno, protezione e risarcimento».

<sup>68</sup> Direttiva 2012/29/UE, Art. 8: «Gli Stati membri provvedono a che la vittima, in funzione delle sue esigenze, abbia accesso a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti nell'interesse della vittima, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale».

<sup>69</sup> In questi termini, la Direttiva 2012/29/UE, Considerando 61.

<sup>70</sup> S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Merging the Different View-Points. Concluding Remarks*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri (a cura di), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, Springer, Cham, 2019, pp. 729 s.

anche con l'idea di partecipazione processuale riletta alla luce dei diritti umani<sup>71</sup>.

Una lettura analitica ma sistematica della Raccomandazione induce pertanto a ritenere che la prospettiva sia quella di *elevare* la soglia di rispetto e di accoglienza dei bisogni e dei diritti dell'autore di reato e non certo quella di abbassare la soglia di rispetto e di accoglienza delle necessità e dei diritti facenti capo alla vittima.

Bilanciamento sì, dunque, ma *a partire da un pieno riconoscimento dei diritti delle vittime*, compreso quello all'accesso a servizi di giustizia riparativa professionali, disponibili in ogni fase del procedimento penale, sorretti da garanzie che includano quantomeno la volontarietà, la confidenzialità, la consensualità e la correttezza procedurale.

In sintesi: sono i diritti delle vittime in materia di giustizia riparativa a fissare la *soglia* rispetto alla quale operare un bilanciamento con i diritti e gli interessi dell'autore dell'illecito. Il che implica superare quell'idea di mera ritorsione che fa del processo la chiave di volta per definire la risposta punitiva all'illecito e in cui le garanzie risultano essenziali per proteggere l'autore del reato dalla «violenza» dell'ordinamento giuridico. Nell'ottica della giustizia riparativa, si esce dalla logica a somma zero del processo, fondata sul binomio colpevolezza-pena e che produce vincitori e vinti, per adottare una visione *solidaristica* della gestione del conflitto, la quale muove dal riconoscimento dei bisogni della parte offesa per favorire anzitutto la riparazione dell'offesa<sup>72</sup>.

## 5. Il *quid pluris* offerto dalla giustizia riparativa

Visti i limiti offerti dalle chiavi di lettura di tipo politico-criminale, collegate alle tradizionali dinamiche sanzionatorie – siano esse fondate sulla retribuzione o sulla prevenzione, ovvero sull'istanza di non desocializzazione che spinge verso un sempre maggiore ricorso alle tecniche di *diversion* e agli interventi di depenalizzazione – occorre cercare di comprendere su quale base giuridico-valoriale si possono apprezzare i percorsi di giustizia riparativa.

---

<sup>71</sup> J. Shapland, *In search of a research nirvana: what process for whom?*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 5(1), 2017, p. 1.

<sup>72</sup> Cfr. il commento alla *Rule 15* della Raccomandazione CM/Rec(2018)8: «*This recognises that the strength of restorative justice lies in its ability to move beyond a focus on blame and the idea of a zero-sum justice process, and towards a situation in which victims, offenders and communities are encouraged and supported to express their needs and expectations*». Il testo del Commentario alla sopra citata Raccomandazione è disponibile a: <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?Objec-tId=09000016808cdc8a](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Objec-tId=09000016808cdc8a)> (ultimo accesso dicembre 2019).

Qual è il *quid pluris* offerto dalla giustizia riparativa rispetto alla gestione penalistica del conflitto, anche se affidata a tecniche di *diversion*?

Lo scarto che esiste tra modelli e tecniche di *diversion*, per come previsti e attuati nel nostro sistema penale, e giustizia riparativa è da leggere, in primo luogo, nel diverso approccio al reato.

In ambito giuridico-penalistico, il reato è visto come violazione di una norma penale; nell'ambito della giustizia riparativa, come violazione dei diritti individuali delle vittime<sup>73</sup>. Ne deriva che il sistema è preoccupato quasi esclusivamente della gestione dell'autore del reato in temi di punizione, rieducazione, recupero sociale. Le difficoltà prasseologiche incontrate dalla risocializzazione del condannato – che si riflettono nello specchio degli elevati tassi di recidiva associati all'esecuzione delle pene detentive, vengono solo in parte ovviate attraverso il ricorso a tecniche di *diversion*, le quali si pongono nella prospettiva, minima ma comunque essenziale, della non-de-socializzazione. Le istanze deflative sono funzionali al raggiungimento di scopi eteronomi rispetto alla gestione dell'illecito; le scelte di depenalizzazione si iscrivono in più ampie opzioni di *policy* aventi motivazioni diverse: dalla minimizzazione dell'intervento penale, alla mera deflazione del carico giudiziario, alla dismissione di illeciti di cui la collettività non percepisce più il disvalore oppure che non suscitano biasimo o allarme sociale.

Quali che siano la scelta del rito, il meccanismo sospensivo o il percorso estintivo percorribili, il sistema penale, in ogni caso, non affronta il conflitto correlato al reato per gestirne gli effetti sulla vittima. D'altra parte, ricorrendo a modalità di intervento quali il processo e la pena, il sistema penale approfondisce la separazione tra le parti e le rispettive comunità di riferimento, aggrava la lacerazione dei legami sociali prodotta dal reato, può esacerbare, in vittima e autore, sentimenti di vendetta o di rivalsa, produce stigmatizzazione ed esclusione sociale, lascia irrisolto il motivo del conflitto o impone un oblio – come avviene attraverso la prescrizione – che fa della vittima un soggetto processuale insoddisfatto, inchiodato irrimediabilmente al ruolo di parte lesa che chiede invano giustizia.

---

<sup>73</sup> G. Bazemore, *Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to "Purism" in Operationalizing Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, 3(4), 2000, pp. 459-477. Tale affermazione è ripresa dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, al considerando (9): «Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime».

Nonostante ciò, il processo e la pena possiedono funzioni sociali indiscusse e, per molti aspetti, irrinunciabili: *in primis* la funzione di accertamento della verità – fattore fondamentale per le vittime in termini di riconoscimento sociale; ma anche quella di conferma della validità della norma violata; di legittimazione di istanze punitive correlate alla tutela di beni giuridici fondamentali; di contenimento dell'allarme sociale o di neutralizzazione della pericolosità dell'autore di reato atta a prevenire la c.d. vittimizzazione ripetuta. Tutto ciò avviene tramite la modulazione delle leve sanzionatorie, in sinergia con gli istituti sospensivi, le opzioni premiali riconducibili alla categoria dogmatica della «punibilità» – che costituiscono una ipotesi di bilanciamento di interessi esterna al fatto tipico<sup>74</sup> – e con i complessi e molteplici meccanismi di esecuzione progressiva delle sanzioni.

Il conflitto, tuttavia, con la sua portata individuale e sociale talvolta dirompente, resta. Nelle vittime spesso è incessante il lavoro della memoria<sup>75</sup>, che «fissa» le persone nei ruoli, scava distanze e alimenta vendetta; restano il senso di sconfitta, di fallimento, talvolta di ingiustizia, nonostante il processo e l'inflizione di una pena, specie se quest'ultima rappresenta una frazione modesta della pena astrattamente comminata dal legislatore o una misura reputata irrisoria in confronto al valore del bene giuridico leso; possono restare, anche dopo la punizione dell'illecito, la solitudine e la frustrazione, l'umiliazione e la vergogna, strutturatesi progressivamente nella fase di attesa dei tempi della giustizia.

Il tempo del processo è *kronos*: sequenziale, inesorabile, indifferente. Il tempo della giustizia riparativa è *kairos*: circolare, carico di opportunità, attento<sup>76</sup>. È il tempo del rispetto e della cura, della premura e del recupero; della parola e del silenzio; della vulnerabilità e della resilienza; della responsabilità e del coraggio.

---

<sup>74</sup> In questi termini C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento*, cit., p. 50, la quale ricorda come la Corte costituzionale abbia precisato che le ipotesi di esenzione da pena devono sempre costituire il «frutto di un *ragionevole bilanciamento* dei valori costituzionali in gioco» (p. 51, corsivi originali). Essenziale il rinvio a M. Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59(2), 2016, pp. 698-734.

<sup>75</sup> Sulle dinamiche della dimenticanza e del ricordo, v. A. Assmann, *Sette modi di dimenticare*, il Mulino, Bologna, 2019.

<sup>76</sup> Il valore del tempo nei programmi di giustizia riparativa a partire dalla distinzione tra *kronos* e *kairos*, che trova il suo fondamento nella mitologia greca, è già in G. Mannozi, *Towards a "humanism of justice" through restorative justice: a dialogue with history*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 5(2), 2017, pp. 152 s.

Si comprende, allora, come la giustizia riparativa, che nasce da una matrice antropologica ancestrale relativa alla gestione compositiva dei conflitti<sup>77</sup>, offra uno sguardo diverso, un «cambio di lenti», per citare Howard Zehr<sup>78</sup>. Guarda al reato non come a un «ente giuridico», bensì come fatto concreto, carico di sofferenza e di dolore, disfunzionale e sintomatico.

Muove, coerentemente, da un considerando essenziale la Raccomandazione CM/Rec 2018(8): il riconoscimento del fatto che «il reato implica la violazione di diritti e relazioni degli individui, la cui riparazione può richiedere una risposta che vada oltre le sanzioni penali»<sup>79</sup>. Se le parti, acconsentendovi liberamente, prendono parte a programmi di giustizia riparativa hanno la possibilità di un «*dià-logos*» che consente di elaborare il conflitto in un punto molto vicino alla sua radice<sup>80</sup> e di riattivare canali di comunicazione chiusi o bloccati.

Il *quid pluris* della giustizia riparativa è dato dal suo essere focalizzata sul conflitto e sulla riparazione dell'offesa, il che implica il prestare attenzione ai nuclei emozionali legati all'esperienza di vittimizzazione e a i bisogni che da quest'ultima si manifestano. La giustizia riparativa, per come delineata dalle fonti sovranazionali nella sua intelaiatura minima – costituita da valori fondativi, da requisiti procedurali e da garanzie – cerca di restituire alle vittime una centralità che, a partire dalla forza espressiva dello *storytelling*<sup>81</sup> consentito nello spazio della mediazione o di un *circle*, deriva loro dal ricevere ascolto, attenzione, supporto e, soprattutto, *riparazione*. Di *empowerment* si parla nella letteratura soprattutto anglosassone. Concetto complesso – quello di *empowerment* – che ha a che fare con la forza vitale dell'istinto di sopravvivenza, che induce a rialzarsi dopo un'offesa<sup>82</sup>, e che richiede una rinnovata capacità di autodeterminarsi, un consolidamento dell'autostima e del senso di sicurezza.

Pranis, in particolare, ritiene che l'*empowerment* derivi proprio dall'ascolto (*listening*) di una narrazione (*storytelling*).

<sup>77</sup> Si veda quanto affermato nei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC Resolution 2002/12): «Recognizing that those initiatives often draw upon traditional and indigenous forms of justice which view crime as fundamentally harmful to people».

<sup>78</sup> H. Zehr, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990.

<sup>79</sup> Raccomandazione CM/Rec/2018(8), Preambolo.

<sup>80</sup> W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein Verlag, Berlin, 2009, trad. it. *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 230.

<sup>81</sup> K. Leader, *Report in England and Wales*, cit., p. 81.

<sup>82</sup> Cfr. J. Bolitho, *Putting justice needs first: a case study of best practice in restorative justice*, in *Restorative Justice: An International Journal*, 3(2), 2015, p. 268.

«Un valore molto importante nella giustizia riparativa è quello di consentire l'*empowerment* di voci inascoltate. Questo si realizza più spesso e più efficacemente per il tramite di una narrazione personale. Ascoltare con rispetto la storia di qualcuno è un modo di dargli un potere – un positivo tipo di potere. Vittime e autori dei reati più spesso provengono da strati della popolazione che sono *disempowered*. Ascoltare con rispetto la storia di una persona restituisce a quella persona dignità e valore. Per le vittime è una parte importante del processo di guarigione. Raccontare la storia è una parte del percorso di recupero del potere su se stessi»<sup>83</sup>.

La lettura sinottica delle principali e più recenti fonti sovranazionali in tema di giustizia riparativa restituisce, in filigrana, un'attenzione significativa a diritti, bisogni, necessità, emozioni e desideri delle vittime di reato.

In verità, la considerazione per le emozioni delle vittime si coglie già dai *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*<sup>84</sup> del 2002, dove si sottolinea che i programmi di giustizia riparativa permettono a coloro che sono stati interessati da un reato *di condividere apertamente le loro emozioni ed esperienze* («*share openly their feelings and experiences*») e sono orientati a incontrare i loro *bisogni* («*needs*»).

I programmi di giustizia riparativa cercano di fare in modo che la vittima si senta sicura («*feel safer*»), sia messa in grado di avviare un percorso che le consenta di «chiudere i conti» con il passato («*seek closure*»); tanto nel percorso quanto nell'esito, tali programmi dovrebbero incontrare i bisogni individuali e collettivi («*individual and collective needs*») e incoraggiare la responsabilità delle parti<sup>85</sup>.

Shapland sottolinea come dal testo della Direttiva del 2012 emerga un riconoscimento significativo degli effetti emozionali del trauma da vittimizzazione e delle necessità delle vittime in termini di supporto e riparazione<sup>86</sup>.

I bisogni da riconoscere, le emozioni da accogliere, le aspettative da soddisfare, i diritti da rispettare o da garantire, pur indicati con diverse sfumature terminologiche e in molteplici parti del testo, dai considerando all'articolato normativo, sembrano

---

<sup>83</sup> K. Pranis, *Restorative values and confronting family violence*, in J. Braithwaite-H. Strang (a cura di), *Restorative justice and family violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 30 (traduzione nostra).

<sup>84</sup> Tutte le citazioni tra parentesi e in lingua inglese sono tratte dai *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC Resolution 2002/12).

<sup>85</sup> I termini in lingua inglese sono tutti tratti dalla Direttiva 2012/29/UE.

<sup>86</sup> J. Shapland, *Reshaping relations to fit justice aims*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 5(3), 2017, p. 441.

tuttavia riconducibili a tre macro-categorie, le quali fanno capo alla gestione della *paura*, alla promozione dell'*ascolto*, al rafforzamento della *relazionalità*.

Alla luce della prima parola chiave sono da leggere tutte le emozioni correlate agli effetti tipici dell'esperienza di vittimizzazione primaria. La *paura* può sorgere nelle vittime secondo diverse sfumature di intensità e avere ad oggetto l'essere potenzialmente esposte a vittimizzazione ripetuta, il subire intimidazioni o il rischiare ritorsioni, eventualmente collegate alla denuncia dell'illecito subito.

Numerosi «considerando» della Direttiva 2012/29/UE sottolineano come la paura sia una delle emozioni tipiche della vittimizzazione a cui occorre prestare attenzione e in presenza della quale si rendono necessarie cautele nell'espletamento dei programmi di giustizia riparativa<sup>87</sup>.

Il percorso di superamento della paura ha come pietra angolare l'*ascolto* – ed ecco la seconda parola chiave. Elemento essenziale della giustizia riparativa<sup>88</sup>, l'ascolto attento e attivo, empatico, nello spazio adeguato di una mediazione o di un *circle*<sup>89</sup>, è preso in considerazione dalla Direttiva del 2012 secondo diverse prospettive. Nel considerando 34 si riconosce alle vittime il diritto di spiegare adeguatamente le circostanze del reato e di fornire prove in modo comprensibile alle autorità competenti; nel considerando 58 si afferma che occorre tener conto dei desideri delle vittime nella scelta delle misure di protezione.

I termini «spiegare» e «desiderare» indicano attività espressive che hanno intrinsecamente un senso solo se *ascoltate*.

E l'ascolto – e si introduce qui la terza delle parole chiave – è *relazione*, implica necessariamente uscire dall'affermazione maniacale della propria voce per incrociare la parola dell'altro, lo sguardo dell'altro. Affrancarsi dal *vincolo dell'io* per incontrare l'altro, scrive Grossman<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Si pensi ai considerando 9, 46, 52, 53, 54 e 58 e agli artt. 12 e 18 che fanno riferimento alle *intimidazioni* e alle *ritorsioni*. I considerando 25 e 28 e gli artt. 18 e 22 fanno riferimento a termini quali *ritorsioni*, *umiliazione*, *stigmatizzazione*. I considerando 46, 54 e 57, oltre agli artt. 12 e 18 della Direttiva, fanno riferimento alla *vittimizzazione secondaria*. Alla *vittimizzazione ripetuta* si riferiscono i considerando 46, 55, 57 (e comunque gli artt. 12, 18 e 22). *Odio* e *discriminazione* sono oggetto di attenzione da parte dei considerando 17 e 46. La *violenza psicologica* è indicata nel considerando 18. *Timore* e *preoccupazioni* – quali sfumature dell'emozione della paura – sono, infine, evocati nel considerando 58.

<sup>88</sup> Mannozi, Lodigiani, *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 111-126.

<sup>89</sup> B.E. Raye, A. Warner Roberts, *Restorative Processes*, in G.J. Johnstone-D.W. Van Ness (a cura di), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 219.

<sup>90</sup> D. Grossman, *Con gli occhi del nemico. Raccontare la pace in un paese in guerra*, Mondadori, Milano, 2007, p. 13 s.

Le indicazioni di *soft law* desumibili dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018 confermano quanto espresso dalla Direttiva del 2012. La Raccomandazione CM/Rec/2018(8) fa riferimento espresso all'ascolto di desideri («*wishes*»)<sup>91</sup> e bisogni («*needs*»)<sup>92</sup>, richiamando più volte il concetto di «*not domination*»<sup>93</sup>, che esprime l'idea di equa considerazione, di rispetto della dignità e di equilibrio di potere tra le parti.

Somiglia molto a una *ragion pratica*<sup>94</sup>, quella della giustizia riparativa, distante dalla *metafisica* del sistema dei delitti e delle pene ancorché connessa a quest'ultima, come del resto avviene nel più generale approccio kantiano. Operare secondo giustizia riparativa è, piuttosto, una forma di «*phronesis*»<sup>95</sup>, che Aristotele identifica con la *saggezza*<sup>96</sup>, Cicerone traduce con il termine latino *prudencia*<sup>97</sup> e, da ultimo, Gadamer rende in tedesco come *praktisches Wissen*<sup>98</sup>. Non si escludono a vicenda, infatti, la *saggezza* di affrontare un conflitto senza reclamare (solo) vendetta e la *prudenza* di proteggere le vittime dalla diminuzione dei loro diritti e da riverberi di sofferenza. Il *sapere pratico* della giustizia riparativa forse ha tale doppia anima.

<sup>91</sup> Occorre comprendere, infatti, se le parti desiderino partecipare ai percorsi di giustizia riparativa. Si veda la *rule* 19 della Raccomandazione CM/Rec/2018(8).

<sup>92</sup> Si vedano le *Rules* 1, 14, 15, 46, 51 della Raccomandazione CM/Rec/2018(8).

<sup>93</sup> Si vedano le *Rules* 14 e 46 della Raccomandazione CM/Rec/2018(8).

<sup>94</sup> V. in proposito le osservazioni di J. Ollero Perán, *Pragmatic abolitionism? Defining the complex relationship between restorative justice and prisons*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 5(2), 2017, pp. 178-197. Interessante l'argomento che lega la possibilità di implementare la giustizia riparativa nel percorso carcerario e la necessità di contenere la popolazione detenuta (pp. 191 s.).

<sup>95</sup> Difficile tradurre il termine *phronesis* dalla lingua greca a quella italiana, riuscendo anche a rendere chiaramente il concetto ad esso sotteso: la *phronesis* si pone in relazione con la sfera razionale (cioè con le virtù dianoetiche) e con quella dell'irrazionale (i desideri) che sono però governabili in modo ragionevole (virtù etiche). Cfr. Aristotele, *Etica Nicomachea*, X, 8, 1178 a 16-20. Sul concetto di «*phronesis*» – da intendersi come forma di razionalità legata non già a verità necessarie e immutabili, bensì a processi di scelta (*proairesis*) in un mondo variabile e mutevole – v. le considerazioni di G. Reale, *Storia del pensiero antico*, Vita e pensiero, Milano, 1989, vol. V, p. 238 s.

<sup>96</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140 b 4 (sulla saggezza – che non è né scienza né arte – come disposizione vera e ragionata all'azione avente per oggetto ciò che è bene e ciò che è male per l'uomo).

<sup>97</sup> Cicerone, *De officiis*, I, 153, dove la *phronesis* è definita appunto come *prudencia* cioè come conoscenza pratica di ciò che si deve cercare o fuggire. Cicerone conclude sostenendo che «l'azione pratica si esplica soprattutto nella difesa dei beni comuni a tutti gli uomini; riguarda, dunque, la convivenza del genere umano. L'azione, pertanto, è da anteporre alla scienza».

<sup>98</sup> R. Dottori, *Il concetto di phronesis in Aristotele e l'inizio della filosofia ermeneutica*, in *Paradigmi. Rivista di critica filosofica*, (3) 2008, pp. 53-66 (la traduzione offerta da Gadamer è segnalata a p. 1).