



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

**LA RIFORMA CARTABIA
TRA NON PUNIBILITÀ
E NUOVE RISPOSTE SANZIONATORIE**

**Atti del Convegno
Trento, 24 e 25 marzo 2023**

a cura di
**ANTONIA MENGHINI
ELENA MATTEVI**

2023



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

73

2023

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2023*

by Università degli Studi di Trento

Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-045-8

ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli con ISBN 979-12-5976-810-0 grazie al contributo della Struttura Dipartimentale Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento nell'ambito dell'iniziativa "Dipartimenti di eccellenza - legge 232/2016 art. 1 commi da 314 a 338" - MUR.

Dicembre 2023

LA RIFORMA CARTABIA
TRA NON PUNIBILITÀ
E NUOVE RISPOSTE SANZIONATORIE

Atti del Convegno
Trento, 24 e 25 marzo 2023

a cura di
ANTONIA MENGHINI
ELENA MATTEVI

Università degli Studi di Trento 2023

INDICE

	Pag.
Antonia Menghini <i>Prefazione</i>	VII
Francesco Palazzo <i>Relazione introduttiva. La “riforma Cartabia” e l’evoluzione del sistema sanzionatorio italiano</i>	1
Alberto Gargani <i>“Pene sostitutive” e misure alternative alla detenzione: incongruenze e ineffettività del nuovo assetto legislativo</i>	15
Ilaria Merenda <i>Novità in materia di particolare tenuità del fatto</i>	45
Stefano Fiore <i>Uno sguardo complessivo sui profili sostanziali della riforma Cartabia</i>	57
Ilaria Marchi <i>Spunti di riflessione sulle modifiche del regime di procedibilità dei reati apportate dalla riforma Cartabia e i correttivi della legge 60/2023</i>	75
Francesco Diamanti <i>Dal boia all’esattore. L’estinzione dell’illecito agroalimentare per adempimento di prescrizioni</i>	93
Elena Mattevi <i>La riforma organica della giustizia riparativa. Nuove prospettive</i> ..	115
Giovannangelo De Francesco <i>La giustizia riparativa: profili generali e lineamenti della riforma</i>	125

INDICE

	Pag.
Roberto Bartoli <i>Una giustizia senza violenza, né stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa.....</i>	145
Lucia Castellano <i>Giustizia riparativa e sanzioni di comunità.....</i>	175
Luciano Spina <i>La prospettiva del Tribunale di Trento.....</i>	181
Federica Iovene <i>Profili di diritto sostanziale.....</i>	185
Valeria Tramonte <i>La prospettiva del Centro di Giustizia Riparativa della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol.....</i>	191
Rosalia Rigoli <i>Una giustizia di comunità. Incentivare la cultura del dialogo in una società solidaristica che mira al benessere collettivo</i>	197
Francesca Moro <i>Giustizia riparativa in fase esecutiva</i>	207
Marco Pelissero <i>Guardando avanti.....</i>	215

PREFAZIONE

Nei giorni 24 e 25 marzo 2023 si è svolto a Trento, presso la Facoltà di Giurisprudenza, il convegno dal titolo “La Riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie”, organizzato insieme alla collega Elena Mattevi, con la collaborazione della Camera penale di Trento “Michele Pompermaier” e il patrocinio dell’Ordine degli avvocati di Trento, della Scuola superiore della Magistratura - Struttura Didattica territoriale di Trento e dell’Ufficio Garante dei diritti dei detenuti della Provincia autonoma di Trento.

Il Convegno si prefiggeva di approfondire gli aspetti più strettamente relativi al diritto penale della c.d. Riforma Cartabia – di cui alla legge delega n. 134/2021 e al relativo d.lgs. n. 150/2022 – entrata in vigore il 30 dicembre 2022 ed è stato pensato quale momento di dialogo tra studiosi della materia e professionisti, con il coinvolgimento di autorevoli professori di diritto penale, di magistrati e professionisti del territorio.

Rispecchiando i contenuti della riforma, il convegno è stato articolato in due sessioni, la prima dedicata alle modifiche apportate al sistema penale e la seconda interamente dedicata alla giustizia riparativa.

Nel più ampio quadro di una riforma processuale, tesa a risolvere i problemi legati ai tempi dilatati della giustizia penale, nel nome dell’“efficientamento”, la riforma ha infatti inteso valorizzare il principio dell’*extrema ratio* del ricorso alla pena detentiva carceraria. Particolarmente rilevante in quest’ottica appare la riforma delle pene sostitutive, applicabili dal giudice della cognizione, che la Riforma Cartabia ha voluto “rivitalizzare” e ridefinire (sono oggi pene sostitutive la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, oltre alla pena pecuniaria – oggi fruibile per pene detentive fino ad un anno e resa più “equa” e accessibile con una riduzione degli importi dovuti, da adeguare alle condizioni economiche dell’imputato) e che risultano oggi concedibili nel limite di quattro anni di pena detentiva.

A questo riguardo, la relazione introduttiva di Francesco Palazzo accompagna il lettore con poche pennellate attraverso quello che viene a

ragione definito “moto perpetuo delle riforme sanzionatorie”, approfondendo in particolare l’opzione di fondo della Riforma Cartabia, che è quella di scommettere sul giudice di cognizione e sulla sua capacità di condividere un approccio alla sanzione che guardi più all’uomo che al fatto, mettendo bene in evidenza non solo la condivisibile direttrice lungo cui si muove l’intera riforma, che merita piena adesione, ma anche i profili problematici relativi alla disciplina delle nuove pene sostitutive: da un lato, la caratterizzazione spiccatamente rieducativa che “coabita” con una loro funzione più prosaicamente deflattiva, dall’altro, il nodo irrisolto della loro coesistenza con le misure alternative che permangono inalterate nella loro previgente disciplina.

Su questo problematico rapporto si incentra la relazione di Alberto Gargani, dove l’opzione normativa di fondo viene analizzata con particolare approfondimento, mettendo a nudo le incongruenze di fondo, frutto del difetto di coordinamento tra le novelle pene sostitutive e le misure alternative. Dalla mancata previsione dell’affidamento in prova tra le pene sostitutive, attraverso un ruolo per certi versi incongruo riconosciuto al consenso dell’imputato, si evidenziano le irragionevoli disparità di trattamento e gli esiti paradossali della nuova disciplina, non senza esimersi dall’indicare una proposta *de iure condendo* in grado di ovviare ai problemi evidenziati.

A queste relazioni si aggiunge quella di Stefano Fiore, che, nell’analizzare complessivamente la riforma, evidenzia la “natura onnivora” delle modifiche di natura processuale che, nel perseguire la loro prevaricante missione di semplificazione e velocizzazione, hanno lasciato poco margine alle circoscritte modifiche di natura sostanziale, impedendo quella virtuosa interazione sistematica che dovrebbe sempre caratterizzare i rapporti tra penale e processuale e che avrebbe forse permesso “di sollevare la riforma all’altezza delle sue ambizioni”.

Sempre nell’ottica della deflazione processuale, si ascrive anche la modifica ad alcuni istituti che vengono ritoccati al fine di ampliarne la portata applicativa: è quanto è avvenuto, per esempio, per la sospensione del procedimento con messa alla prova che può oggi trovare applicazione anche con riferimento ad ulteriori reati selezionati tra quelli con pena edittale non superiore nel massimo ai 6 anni (art. 168 *bis* c.p.) e per l’esclusione della punibilità per speciale tenuità del fatto (art. 131

bis c.p.), su cui la puntuale relazione di Ilaria Merenda, che mette bene in evidenza le conseguenze in termini di potenzialità applicativa dell'istituto frutto della scelta di ancorare la sua operatività al minimo editale non superiore a 2 anni.

Nella medesima ottica di rapida fuoriuscita dal processo si muove anche l'implementazione delle fattispecie procedibili a querela, tra cui spiccano il sequestro di persona, la violenza privata e quasi tutte le ipotesi di furto aggravato. Si opera in questi casi una selezione "in entrata ed in uscita" dal procedimento penale, lasciando alla persona offesa la valutazione in merito all'opportunità di accertare i fatti di reato e quella di rimettere la querela, prevedendosi altresì la possibilità di una c.d. remissione tacita all'esito di un percorso di giustizia riparativa e la possibilità di estinguere il reato, anche contro la volontà della persona offesa, con la riparazione del danno (art. 162 *ter c.p.*). Su questi ed altri rilevanti aspetti si è concentrata la relazione di Ilaria Marchi che, nel tratteggiare il quadro di insieme, esprime talune perplessità di fondo.

Chiude la prima giornata di lavori la relazione di Francesco Diamanti che indaga in dettaglio la nuova previsione relativa all'estinzione delle contravvenzioni in materia agroalimentare per adempimento delle prescrizioni, novità che si inquadra tra gli strumenti atti a erigere un argine all'ipertrofia dilagante del diritto penale.

La seconda giornata dei lavori è stata dedicata interamente al tema della giustizia riparativa. La Riforma Cartabia, come noto, provvede infatti a fornire una disciplina organica della giustizia riparativa. Dopo il quadro di sintesi tracciato da Elena Mattevi, nelle due relazioni principali, Giovannangelo De Francesco si interroga in particolar modo su quello che appare essere uno dei punti fondamentali ancora poco indagati dalla dottrina (il rapporto tra rieducazione e riparazione), mentre Roberto Bartoli, nella sua ampia trattazione, in cui regala al lettore anche alcuni spunti di riflessione tratti da *Romeo e Giulietta* di William Shakespeare, restituisce, in contrappunto, un quadro nitido delle diverse caratteristiche della giustizia punitiva e di quella riparativa.

Alla tavola rotonda conclusiva hanno infine partecipato alcuni magistrati (il presidente del Tribunale di Trento, dott. Spina e la dott.ssa Iovene dell'Ufficio della Procura di Bolzano), oltre ai principali interlocutori istituzionali del territorio, tra cui Valeria Tramonte del Centro di

Giustizia Riparativa della Regione Trentino-Alto Adige, Rosaria Rigoli, allora Direttrice dell'Ulepe di Trento e Francesca Moro, giovane dotto-randa di diritto penale, che ha approfondito il tema della giustizia ripa-rativa in fase esecutiva.

A chiusura dei lavori, la relazione conclusiva di Marco Pelissero, che nel fare la summa degli spunti emersi nelle due giornate di lavoro, ho sottolineato come solo il tempo ci permetterà di valutare l'effettiva portata della riforma. Si tratterà di verificare se gli obiettivi di politica criminale, tra cui spicca la risoluzione del rilevante problema dei c.d. li-beri sospesi, verranno raggiunti e se la prassi applicativa troverà il mo-do di porre rimedio ai limiti che pur caratterizzano la riforma e di cui si è discusso in questa due giorni di Convegno.

Trento, 19 ottobre 2023

Antonia Menghini

RELAZIONE INTRODUTTIVA

LA “RIFORMA CARTABIA” E L’EVOLUZIONE DEL SISTEMA SANZIONATORIO ITALIANO

Francesco Palazzo

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive*. 2. *Depenalizzazione e decarcerazione mediante “sostituzione legislativa”*. 3. *Misure extracarcerarie mediante “sostituzione giudiziale”*. 4. *La svolta della Riforma Cartabia e l’alternativa tra rieducazione e decarcerazione*. 5. *Il problematico rapporto tra pene sostitutive e misure alternative*. 6. *Gli istituti sostanziali di deflazione processuale*. 7. *La giustizia riparativa*.

1. Considerazioni introduttive

È noto a tutti che l’origine prossima della riforma Cartabia, la sua *occasio legis*, è costituita dalla forte esigenza di efficientamento – per usare questa brutta ma efficace espressione – del nostro sistema di giustizia penale assai disastroso sotto questo profilo e, per ciò, diventato oggetto della preoccupata attenzione dell’Europa.

Ora, l’efficientamento del sistema può costituire senz’altro un *valore*, un *fine in sé*, nell’ambito del diritto processuale. Anzi, nell’orizzonte processuale l’efficientamento diventa addirittura un valore di rilevanza costituzionale che trova la sua manifestazione più significativa nel principio della durata ragionevole del processo. Peraltro, anche nella prospettiva sostanzialistica non si è mancato di costruire l’efficienza come un principio costituzionale di politica criminale proprio degli ordinamenti liberaldemocratici ispirati al meta-principio della laicità e razionalità dell’intervento punitivo. Senza questa ispirazione complessiva della legislazione penale, infatti, la pena ripiomberebbe in una dimensione simbolica, etica o – peggio ancora – di strumento di acquisizione a buon mercato del consenso popolare.

Vero ciò, è anche vero però che nel diritto penale sostanziale le soluzioni legislative finalizzate all'efficientamento non possono consistere in una pura e semplice rinuncia o riduzione della punibilità, ma hanno necessità di quella che chiamerei una loro "copertura ideologica". Nel senso, cioè, che tutti gli istituti di efficientamento, sia che essi operino sul più ristretto piano della decarcerazione sia che operino più in generale sulla stessa punibilità, debbono trovare una giustificazione, una legittimazione loro propria e specifica in termini di *coerenza funzionale* con gli scopi di tutela e con il senso della pena.

Orbene, sulla base di tali premesse, le numerose riforme legislative, in particolare sanzionatorie, che negli anni si sono succedute per l'efficientamento del sistema, possono essere rapidamente ripercorse e valutate alla stregua di due criteri che ci paiono fondamentali per acquisire retrospettivamente una consapevolezza politico-criminale di questo incessante e inesaurito moto legislativo. L'occasione è buona poiché, indubbiamente, la riforma Cartabia è una di quelle più significative del dopoguerra.

Il primo criterio di valutazione delle riforme sanzionatorie è per l'appunto quello della loro copertura ideologica, cioè del finalismo che le ispira e le legittima, tenendo peraltro presente che le vicende storiche della nostra legislazione ci hanno insegnato a dover distinguere, spesso, tra un finalismo apparente e un finalismo reale.

L'altro criterio valutativo si riferisce, più precisamente, alla dimensione legislativa o giudiziale in cui si collocano di volta in volta le varie riforme di efficientamento. Cioè a dire se le scelte di alleggerimento sanzionatorio sono effettuate una volta per tutte dal legislatore oppure se esse sono in tutto o in gran parte demandate al giudice mediante l'esercizio della sua discrezionalità, che ne risulta così potenziata.

2. Depenalizzazione e decarcerazione mediante "sostituzione legislativa"

La nostra breve rassegna storica delle riforme di efficientamento del sistema non può non prendere avvio dalla storica riforma del 1974, anche perché una buona parte dell'uditorio che ci ascolta forse non l'ha vissuta e, dunque, non conosce le caratteristiche davvero peculiari di

questa riforma grandemente innovativa e tale da segnare per certi aspetti anche la strada che sarà percorsa nei decenni successivi. A dire il vero la riforma del 1974 non operò strettamente sul piano degli istituti sanzionatori ma su norme attinenti più che altro alla disciplina del reato: fu infatti ampiamente rimaneggiata dalla riforma la disciplina della recidiva, del giudizio di comparazione tra le circostanze, del reato continuato e del concorso formale di reati. L'obiettivo era quello di alleggerire il carico delle comminatorie edittali del codice Rocco, senza affrontare il tentativo sicuramente inane di una loro revisione *legislativa*, ma operando su quegli snodi (appunto, gli istituti modificati) in cui il conferimento di un ben più consistente potere discrezionale al *giudice* faceva fondatamente presagire uno suo esercizio in senso largamente favorevole al reo. E ciò, in effetti, era pienamente conforme allo spirito dei tempi, che vedeva nel codice vigente un insopportabile lascito del regime fascista senza tuttavia che vi fossero le condizioni per una sua riforma organica, insomma per una nuova opera di codificazione. Dunque, posto un obiettivo quantitativamente esteso ma qualitativamente ancora circoscritto, com'era quello di un "addolcimento" della risposta sanzionatoria in concreto, fin da allora fu privilegiata la via della "delega" al giudice per il suo raggiungimento.

Successivamente, le riforme più specificamente mirate all'alleggerimento del sistema sanzionatorio (e soprattutto alla decarcerazione) furono numerose e spesso caratterizzate da una sorta di paradosso o di contraddizione in termini politico-criminali. Infatti, mentre da un lato si puntava a ridurre l'area dell'intervento penale e del carcere, dall'altra cominciava a montare nella realtà sociale una forte richiesta di rafforzamento della risposta punitiva, alimentata anche dal progressivo affiorare di forme di criminalità particolarmente virulente come il terrorismo, la criminalità organizzata, la c.d. microcriminalità diffusa, la corruzione. Una richiesta sociale alla quale il legislatore non fu certo insensibile, così da dar vita a quella che fu chiamata allora la "schizofrenia" del legislatore, che con una mano riduce l'impatto punitivo e con l'altra distribuisce pene draconiane.

Soffermandoci qui ovviamente sulle sole riforme di alleggerimento del sistema penale, va segnalato come una parte di quelle riforme fu caratterizzata dall'adozione del meccanismo della *sostituzione legislati-*

va del carcere o addirittura della sanzione criminale, rispettivamente, con pene non carcerarie o addirittura con sanzioni non penali. S'ispirano a questo tipo di soluzione, indubbiamente radicale, le varie leggi di *depenalizzazione* che si succedettero per anni, cercando di "spostare" figure criminose bagatellari o desuete nel "contenitore" dell'illecito amministrativo punitivo che la legge 24 novembre 1981, n. 689 per la prima volta rimodernò e rivitalizzò dotandolo di una sua disciplina organica nuova di zecca. Allo stesso modello di sostituzione legislativa di una tipologia sanzionatoria con un'altra s'ispira anche la innovativa riforma istitutiva della *competenza penale del giudice di pace*: non potendosi attribuire alla magistratura non togata l'applicazione di sanzioni carcerarie, il legislatore con il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 provvede a trasformare le pene dei reati attribuiti alla competenza del giudice di pace comminando per essi pene pecuniarie o pene solo parzialmente limitative della libertà personale.

Nell'uno come nell'altro caso, il meccanismo della sostituzione legislativa comporta che ci si muova, appunto, sul piano esclusivamente legislativo, senza che sia lasciato nessuno spazio al giudice e alla sua discrezionalità nella realizzazione della sostituzione sanzionatoria.

La copertura ideologica di queste riforme, indubbiamente storiche, è forte. La depenalizzazione, pur costituendo tradizionalmente uno degli strumenti privilegiati di alleggerimento del sistema penale, corrisponde a principi fondamentali "alti", come in primo luogo quello di *extrema ratio* del diritto penale. Inoltre, la depenalizzazione dovrebbe consentire l'adeguamento del sistema alla teoria dei beni costituzionalmente rilevanti. Come noto, muovendo dalla premessa che, in nome del corretto bilanciamento tra beni, solo la tutela di valori o interessi di rango costituzionale può giustificare il sacrificio della libertà personale implicato dalla pena detentiva, ne viene la necessità di degradare a illeciti amministrativi tutti gli illeciti penali a tutela di beni non costituzionalmente significativi: operazione, questa, che ovviamente non può che essere effettuata dal legislatore una volta per tutte.

Quanto poi alla competenza del giudice di pace, la sua istituzione, con la conseguente necessaria trasformazione dell'originaria risposta sanzionatoria in senso non carcerario, risponderebbe addirittura a una scelta di fondo dell'ordinamento per dare spazio a forme di giustizia di

maggior prossimità alla comunità, meno ingessate nella rigorosa gabbia del processo ordinario e aperte a qualche spiraglio di giustizia riparativa.

Nonostante queste credenziali “ideologiche” così elevate, si tratta ormai di due filoni di riforma che paiono oggi esauriti e non più produttivi.

3. *Misure extracarcerarie mediante “sostituzione giudiziale”*

Altre riforme si succederanno o si alterneranno a quelle di cui si è ora detto, alimentando il moto perpetuo delle riforme sanzionatorie per l’efficientamento e l’alleggerimento del sistema e della sua componente carceraria. Ma queste altre riforme imboccheranno una strada diversa: quella della *sostituzione giudiziale* della pena carceraria con altre diverse sanzioni o misure sanzionatorie extramurarie. E qui il giudice tornerà a essere *protagonista* della sostituzione. Così che, a conti fatti, si tratta di riforme più a buon mercato per il legislatore, il quale finisce per delegare al giudice l’opzione della risposta punitiva tra carcere e misure non carcerarie.

Le riforme che sono andate in questo senso sono ben note e sono sicuramente tra le più significative della nostra legislazione: in primissimo luogo, il nuovo ordinamento penitenziario con le *misure alternative* alla detenzione e il “fiore all’occhiello” dell’affidamento in prova al servizio sociale (1975); e poi le sanzioni sostitutive consistenti nella pena pecuniaria, nella libertà controllata e nella semidetenzione (1981). Tutte applicabili in concreto a pene carcerarie “brevi”.

La copertura ideologica di queste misure sanzionatorie è pure molto forte poiché sta nel finalismo rieducativo della pena: per espressa previsione legislativa queste misure e sanzioni sono applicabili in ragione della loro maggiore o speciale idoneità a raggiungere la finalità risocializzativa, sulla base di una valutazione in concreto affidata al giudice. Ed è proprio il valore costituzionale della rieducazione a rendere accettabile, anzi necessaria, quella larga apertura alla discrezionalità giudiziale che da ora in poi caratterizzerà in una sorta di crescendo il nostro sistema sanzionatorio.

Lo schema tecnico-funzionale di questi istituti può dirsi essere, in sostanza, quello della *sospensione*, nel senso che la pena carceraria arretra – è indubbio – per fare spazio a misure extramurarie, ma il carcere rimane pur sempre sullo sfondo, pronto a riemergere in caso di revoca delle misure oppure di condizioni ostative alla loro concessione. Tra carcere e misura extracarceraria si realizza insomma un rapporto instabile in cui l’abbandono della pena detentiva non è mai definitivo (fino a che la misura extracarceraria è in corso). Indubbiamente, ciò comporta una particolare duttilità della risposta sanzionatoria, ma anche una sua inevitabile incertezza e, soprattutto, un’invincibile resistenza a rinunciare al carcere come metro di misura in astratto della consistenza offensiva degli illeciti.

Questi istituti sostitutivo-sospensivi maturano poi nel tempo una loro propria storia evolutiva di grande significato politico-criminale. All’origine le misure alternative previste dalla riforma penitenziaria si collocano, appunto, nella dimensione penitenziaria: presuppongono, cioè, che la pena carceraria sia già in esecuzione e su questa incidono con i loro effetti sostitutivo-sospensivi. Sono, insomma, misure penitenziarie. Poi le cose cambieranno poiché questi istituti cominceranno un cammino per così dire a ritroso, che dalla fase dell’esecuzione si avvicina sempre più a quella della cognizione. La tappa decisiva di questo processo di progressivo avvicinamento alla cognizione è costituita dall’abnorme istituto della sospensione dell’ordine di carcerazione di cui all’art. 656 c.p.p. Come ben si sa, per impedire che colui, che potenzialmente potrà in futuro fruire di una misura alternativa, entri in carcere, viene automaticamente disposta la sospensione dell’ordine di carcerazione per dar modo all’interessato di fare istanza e al tribunale di sorveglianza di pronunciarsi. Giudice della cognizione e giudice di sorveglianza in qualche modo “si avvicinano”, non essendo più separati dallo iato dell’inizio di esecuzione ma solo più da uno spazio vuoto costituito dalla sospensione dell’ordine di esecuzione. Nasce così quella specie di mostro che è il “libero sospeso”, destinato a proliferare e a moltiplicarsi raggiungendo numeri impressionanti in ragione dell’incapacità del sistema di smaltire tempestivamente il gran numero di istanze per la concessione *ab initio* delle misure alternative.

Si arriva così alla riforma Cartabia, che compie il gran passo. Resisi ormai conto del pregio funzionale acquisito dalle misure alternative *ab initio*, sganciate da una parziale esecuzione carceraria, nonché della patologia rappresentata dai liberi sospesi, cioè da questo intervallo di vuoto privo di qualunque significato “penologico”, la riforma salta il fosso. E così attribuisce alla competenza del giudice della cognizione una serie di misure sanzionatorie – denominate oggi “pene sostitutive” – sostitutive delle pene carcerarie brevi e funzionalmente corrispondenti a gran parte delle vecchie misure alternative penitenziarie. Ma la riforma evita di intervenire su queste ultime, che dunque coesistono con le nuove pene, rimanendo affidate alla magistratura di sorveglianza.

4. La svolta della Riforma Cartabia e l'alternativa tra rieducazione e decarcerazione

Deve essere ben chiaro che questa opzione di portare nella cognizione strumenti sanzionatori destinati a circoscrivere, seppure mediante meccanismi sostitutivo-sospensivi, il concreto ricorso alla pena carceraria, non può che essere vista con indubbio e grande favore. Senonché, va anche detto che questo virtuoso processo di risalita delle misure alternative fino alla cognizione, che si realizza con la recente riforma del 2021-22, è però accompagnato da due nodi problematici generali del sistema che allo stato appaiono irrisolti.

In primo luogo, nelle nuove pene sostitutive si perpetua una sorta di ambiguità che era già presente nelle vecchie sanzioni sostitutive del 1981. In effetti in queste misure sanzionatorie coabitano e s'intrecciano finalità diverse: da un lato un teleologismo marcatamente rieducativo, oggi messo in ancora più chiara evidenza dalla accurata disciplina che il legislatore si è curato di dare al potere di scelta discrezionale del giudice; dall'altro, una meno impegnativa finalità di riduzione del carcere attraverso sanzioni più rigide nei contenuti e dunque sostanzialmente incapaci di adeguarsi alle esigenze trattamentali del condannato. Sotto quest'ultimo profilo, è istruttiva la stessa tipologia delle odierne pene sostitutive. Accanto a specie sanzionatorie come la semilibertà e la detenzione domiciliare, che sono molto permeate dalla finalità rieducativa

tanto da presupporre entrambe la formulazione di un vero e proprio programma di trattamento, si colloca la pena pecuniaria alla quale è estranea ogni positiva finalità di riadattamento sociale, essendo invece funzionale allo scopo di decarcerazione. Anche il lavoro di pubblica utilità non pare essere strumento proprio del trattamento individualizzato: certamente esso, per il suo intrinseco contenuto, ha una valenza di riaccostamento del condannato alla comunità e ai suoi valori, ma si tratta di una potenzialità generica e indifferenziata, non essendo il contenuto della sanzione adattabile alle esigenze e alle caratteristiche “penologiche” del singolo condannato. La relativa elasticità di modulazione del contenuto sanzionatorio sembra invero dovuta più che altro all’esigenza di rendere eseguibile la sanzione evitando che essa venga a confliggere con le attività e la vita del condannato. E inoltre, stando alla disciplina legislativa del lavoro di pubblica utilità, sembrerebbe difficile ipotizzare l’inserimento nel suo contenuto di un vero e proprio programma di trattamento, che contenga prescrizioni ulteriori rispetto a quelle concernenti gli orari di svolgimento del lavoro entro la cornice fissata dalla legge.

La verità è che tutta la storia delle misure sanzionatorie alternative al carcere, da quelle penitenziarie alle sanzioni sostitutive e oggi alle pene sostitutive, è segnata da questa irrisolta ambiguità tra funzione positiva di rieducazione e funzione negativa di decarcerazione. Le stesse misure alternative, che nacquero con una forte impronta e una grande speranza rieducativa, si convertirono poi nella pratica applicativa in uno strumento di deflazione carceraria. Con la conseguenza che anche il compito dalla magistratura veniva subendo progressivamente una torsione, da giurisdizione della rieducazione a garante delle esigenze di sicurezza. E non è escluso che questa torsione si accentui proprio con l’attribuzione della competenza delle pene sostitutive al giudice della cognizione, indubbiamente meno incline a valutazioni “penologiche” di marca schiettamente rieducativa essendo sensibile più al fatto criminoso che al suo autore.

5. Il problematico rapporto tra pene sostitutive e misure alternative

Ancor più rilevante è l'altro nodo problematico rimasto irrisolto nella disciplina delle nuove pene sostitutive. Esso riguarda il decisivo tema del rapporto tra le "vecchie" misure alternative penitenziarie (sempre meno penitenziarie, peraltro...) e le "nuove" pene sostitutive. C'è innanzitutto una strana discrepanza nel rapporto tra le une e le altre già a livello della loro tipologia. Infatti, da un lato, tra le nuove pene sostitutive non è previsto l'affidamento in prova, quella cioè più favorevole e a maggiore valenza rieducativa tra quelle applicabili alle pene fino a quattro anni; dall'altro lato, tra le misure alternative non è previsto il lavoro di pubblica utilità. La mancanza dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive irrogabili in sede di cognizione è all'origine di non trascurabili distorsioni sistematiche nella nuova disciplina. Innanzitutto, poiché l'applicazione di una pena sostitutiva da parte del giudice di cognizione preclude al condannato il vantaggio di fruire prima della condizione di libero sospeso e poi, eventualmente, dello stato di libertà in cui è eseguito l'affidamento in prova, il legislatore ha ritenuto di subordinare l'applicazione delle pene sostitutive (con l'eccezione della pena pecuniaria) al consenso dell'interessato, all'evidente fine di evitare censure di illegittimità costituzionale. Tuttavia, il requisito del consenso rischia di compromettere una utilizzazione consistente delle nuove pene sostitutive: prima di tutto perché comunque la loro applicazione precluderà la immediata fruibilità dell'affidamento in prova, disincentivando pertanto dal consenso; e poi perché, comunque, quel consenso rischierà di essere dato al buio, senza ancora sapere quale sarà la specie e il contenuto della pena sostitutiva che sarà irrogata.

Anche il rapporto tra giudice di cognizione e magistratura di sorveglianza presenta aspetti potenzialmente problematici. Tra l'uno e l'altra dovrebbe instaurarsi un rapporto in qualche modo sinergico. Infatti, se al giudice di cognizione spetta, in prima battuta, l'irrogazione e la definizione anche contenutistica della pena sostitutiva, toccherà poi al magistrato di sorveglianza curare la fase esecutiva della semilibertà e della detenzione domiciliare adattandone i contenuti agli eventuali mutamenti della situazione personale del condannato. Non è escluso che la diversa sensibilità delle due magistrature possa generare qualche tensio-

ne. In effetti, il magistrato di sorveglianza potrebbe sentirsi condizionato dalle prescrizioni imposte dal giudice della condanna, avvertendole come un vincolo alle proprie determinazioni; e, d'altra parte, occorrerebbe comunque evitare che il magistrato di sorveglianza assuma atteggiamenti opposti, vanificando nella sostanza il *dictum* del giudice di cognizione. Ancora una volta questi possibili inconvenienti nascono alla fine per l'intrinseca ambiguità funzionale delle nuove sanzioni, sospese tra la finalità rieducativa e il più impellente obiettivo di decarcerazione. C'è pertanto da chiedersi se questi nodi problematici, che affliggono essenzialmente la semilibertà e la detenzione domiciliare, ne scoraggeranno l'utilizzazione, indirizzando le preferenze del giudice di cognizione verso la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità. Dovendosi inoltre tener presente che per le pene fino a due anni permarrà pur sempre la formidabile concorrenza della sospensione condizionale.

6. *Gli istituti sostanziali di deflazione processuale*

Le pene sostitutive sono istituti di diritto sostanziale che non perseguono obiettivi di semplificazione e deflazione processuale. Il legislatore delegato, infatti, scartò l'idea, affacciata dalla Commissione preparatoria Lattanzi, di subordinare l'accesso alle pene sostitutive all'accettazione di riti semplificati da parte dell'imputato. Ma non solo le pene sostitutive rimangono estranee a obiettivi di deflazione processuale. Semmai avviene piuttosto il contrario, nel senso che è il processo che si piega alle esigenze delle pene sostitutive, come dimostra chiaramente la nuova udienza integrativa prevista dall'art. 545 *bis* c.p.p. per dar modo al giudice, che non sia stato in grado di provvedere alla "conformazione" della pena sostitutiva al momento di pronunciare la condanna, di farlo dopo aver acquisito tutti gli elementi necessari allo scopo. È dunque questo un embrione di processo *in due fasi*, che peraltro può facilmente diventare in *tre fasi* qualora si renda necessario durante l'esecuzione l'intervento del magistrato di sorveglianza, di cui abbiamo già parlato.

Sono altri gli istituti sostanziali che si muovono in una prospettiva di deflazione processuale, agevolando la possibile chiusura anticipata del

processo o addirittura la rinuncia a esso. Oggi viene in considerazione una vera e propria costellazione di istituti sui quali è più o meno ampiamente intervenuta la riforma Cartabia. Si tratta più precisamente: della sospensione del procedimento con messa alla prova; delle condotte riparatorie con efficacia estintiva di cui all'art. 162 *ter* c.p.; della perseguibilità a querela col gioco ovviamente della sua remissione e conseguente estinzione; dell'adempimento delle prescrizioni dell'autorità con efficacia estintiva. Su tutti questi istituti è intervenuto il legislatore ampliandone la portata direttamente o indirettamente.

È ovviamente impossibile in questa sede toccare analiticamente tutti questi istituti, né sarebbe necessario. Cercando, invece, di cogliere lo schema di fondo che accomuna in qualche modo questi istituti, si può osservare che essi consistono in definitiva in uno *scambio*. Uno scambio, accettato o voluto dall'imputato, tra la *rinuncia* al processo e un trattamento sanzionatorio *più blando* e spesso sostanzialmente *non punitivo*.

Anche questi istituti hanno bisogno di una “copertura ideologica” che vada oltre la mera esigenza dell'efficientamento processuale: è chiaro, infatti, che, in quanto viene coinvolta la *punibilità* nel senso della sua rinuncia totale o del suo forte ridimensionamento, il deficit di tutela conseguente deve trovare giustificazione in esigenze, interessi o valori prevalenti e coerenti con le finalità del sistema penale di protezione dei beni giuridici, potendo l'efficientamento costituire un apprezzabile effetto collaterale ma nulla più, pena la stessa vanificazione degli scopi di tutela con conseguente contraddizione interna del sistema.

Le condizioni in presenza delle quali sembra di poter riconoscere l'esistenza di questa copertura ideologica – e dunque la legittimità degli istituti in esame – sono sintetizzabili in due. Da un lato, sul versante processuale, è necessaria la volontarietà della rinuncia al processo e all'accertamento giurisdizionale pieno. Dall'altro, sul versante sostanziale, è necessario che il diverso trattamento sanzionatorio risultante in virtù di questi istituti si riveli ragionevolmente adeguato agli scopi di tutela. Sotto quest'ultimo punto di vista, va considerato che la maggior parte di questi istituti dà spazio a un trattamento sanzionatorio di tipo sostanzialmente “compensativo” invece che punitivo: potendosi poi esso diversificare a seconda che ricalchi modelli di stampo civilistico a

carattere risarcitorio/restitutivo (art. 162 *ter* c.p., remissione della querela) oppure modelli di stampo amministrativo a carattere ripristinatorio (adempimento delle prescrizioni dell'autorità). La sospensione del procedimento con messa alla prova, per parte sua, si colloca in una prospettiva più propriamente "penologica", fondandosi su un risultato rieducativo raggiunto prima del processo e, pertanto, tale da rendere superfluo quest'ultimo.

Come è facilmente comprensibile, non è detto che tutti i reati presentino esigenze di tutela egualmente compatibili con la diversificazione della risposta sanzionatoria. Sarà, dunque, compito di un'oculata politica criminale quello di selezionare accuratamente i reati cui riservare questi istituti sostanziali di semplificazione processuale. Ed è altresì chiaro che, pur trattandosi di un'operazione caratterizzata dalla più ampia discrezionalità legislativa, essa non si sottrae a un controllo di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte dall'angolo visuale, in particolare, dell'adeguatezza agli scopi di tutela. Che si tratti, dunque, di un campo dominato in fondo dalla difficoltà e opinabilità delle scelte legislative è puntualmente dimostrato dalle discussioni che in effetti si sono subito accese in ordine al campo applicativo di questi istituti e, in specie, alla tipologia dei reati cui è stata estesa la perseguibilità a querela (in eccesso) o la causa di estinzione dell'adempimento delle prescrizioni (in difetto).

7. La giustizia riparativa

Non è possibile concludere questo discorso introduttivo senza dedicare qualche parola al grande tema della giustizia riparativa, che proprio la riforma Cartabia ha voluto affrontare in modo organico ed esteso.

Ormai dovrebbe esser chiaro che la tendenza di politica internazionale verso una crescente valorizzazione della giustizia riparativa è consolidata, così come sempre più diffusa dovrebbe essere la consapevolezza delle nobili credenziali esibite dal paradigma riparativo, le quali in effetti si collocano nell'orbita dei nuovi grandi valori del personalismo e del solidarismo nei quali si riconoscono ideologie di matrice diversa. Ma, per contro, anche i fautori più convinti del nuovo modello di

giustizia non possono non comprendere e farsi carico delle diffidenze e delle resistenze che esso può suscitare non irragionevolmente. In estrema sintesi, si può dire che diffidenze e resistenze traggono origine da due fondamentali aspetti del paradigma riparativo che più di ogni altro si pongono in tensione con la tradizione del diritto penale liberale.

In primo luogo, è indubbio che nella giustizia riparativa c'è un'evidente *carezza di giuridicità*, o forse meglio di *normatività*. Ciò nel senso che, nella prospettiva riparativa, non è il diritto che fornisce (eventualmente) la soluzione del conflitto interpersonale o sociale in cui consiste il reato. È piuttosto l'impegno personalistico dei due soggetti coinvolti, autore e vittima (persona fisica e/o comunità) che, attraverso un confronto rielaborativo della vicenda anche sotto il profilo emotivo da parte di ciascuno, possono pervenire a un superamento del conflitto. E la via per raggiungere questo scopo non è delineata e definita dalle norme così come neppure l'esito riparativo è normativamente predefinito: qualunque elemento, dato, aspetto, profilo che sia "personalisticamente *significativo*" può assumere rilevanza nel processo di riavvicinamento delle due parti, senza necessità che sia normativamente previsto. È indubbio, dunque, che la svolta compiuta dalla giustizia riparativa può lasciare diffidente chi è più legato alla tradizione normativista del diritto penale risalente alla modernità giuridica della tradizione liberale. Ancorché si debba precisare che quest'ultima non è certo messa in liquidazione dal nuovo paradigma: più semplicemente le due prospettive della giustizia penale dovrebbero trovare un modo di coesistenza e integrazione.

Ed è qui che si pone, in secondo luogo, l'altro aspetto problematico. È pacifico che, almeno allo stato attuale dello sviluppo della penalità, è impossibile rinunciare alla giustizia punitiva: da qui un'esigenza di *coesistenza* tra i due modelli: una coesistenza che si realizza essenzialmente nella configurazione – questa sì normativamente disciplinata – di una sorta di "innesto" dei percorsi riparativi, con tutta la incertezza che li caratterizza, entro il processo penale tradizionale. Questo innesto è indubbiamente complicato soprattutto perché può creare forti tensioni con taluni principi basilici della giurisdizione penale. È abbastanza intuitivo osservare che la parentesi riparativa che si apre nel processo può mette-

re in sofferenza la stessa presunzione d'innocenza e conseguentemente addirittura il diritto di difesa.

Imprescindibile è al riguardo mettere in sicurezza il processo penale dal rischio di condizionamenti distorsivi provenienti dai percorsi riparativi: a questo scopo sono fondamentali le norme che vietano nel modo più assoluto la circolazione delle informazioni acquisite nei percorsi riparativi fuori dalla loro sede propria e, soprattutto le norme che impediscono radicalmente l'utilizzazione di quelle informazioni nella formazione del giudizio penale. Ma, come è facile comprendere, più che il cordone sanitario costituito da queste disposizioni di sbarramento, decisivo sarà l'atteggiamento culturale e le convinzioni professionali che matureranno al riguardo magistrati e avvocati. Per evitare il naufragio della giustizia riparativa sarà necessario che magistratura e avvocatura maturino un rapporto di reciproca fiducia, evitando i magistrati i condizionamenti impropri nella formazione del loro libero convincimento ed evitando gli avvocati di assumere atteggiamenti ostruzionistici verso le nuove aperture riparative. Ed entrambi, invece, convergendo nel garantire la separatezza tra i due percorsi, nella consapevolezza della loro irriducibile eterogeneità.

Nella recente evoluzione storica del nostro sistema sanzionatorio la riforma Cartabia rappresenta sicuramente una svolta di non poco momento. Ma è difficile che la storia delle riforme della pena si fermi. Ci sono forse rischi di ripensamenti all'insegna di un bisogno di *certezza della pena*, per la verità troppo a lungo ignorato e spesso inteso o frainteso in senso meramente carcerario. Così come, per contro, sono possibili percorsi di riforma assai più *radicali e coraggiosi*, tali da attribuire finalmente al legislatore il compito di liberare la penalità dal predominio (spesso teorico ma non meno nefasto) del carcere. Il cantiere delle riforme è sempre aperto.

“PENE SOSTITUTIVE” E MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: INCONGRUENZE E INEFFETTIVITÀ DEL NUOVO ASSETTO LEGISLATIVO

Alberto Gargani

SOMMARIO: *1. Considerazioni preliminari. 2. Le “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”: un istituto destinato all’ineffettività. 3. Il rapporto tra sanzioni sostitutive e misure alternative prima della riforma “Cartabia”. 3.1. Il periodo antecedente alla riforma Cartabia: due fasi. 3.2. I riflessi sulle previgenti sanzioni sostitutive. 3.3. L’affidamento in prova ab initio quale sanzione sostitutiva di fatto: le conseguenze patologiche. 3.4. Le cause del deficit di funzionalità delle alternative carcerarie. 3.5. Il piano procedurale: l’auspicata traslazione della competenza a decidere sulle misure alternative ab initio dal tribunale di sorveglianza al giudice di cognizione. 4. La riforma Cartabia: la previsione di quattro tipologie di pena sostitutiva. 4.1. Paralleli e convergenze tra pene sostitutive para-detentive e omologhe misure alternative alla detenzione a seguito della riforma “Cartabia”. 4.2. Criticità e ostacoli che si frappongono al conseguimento degli obiettivi dell’intervento di riforma. 4.3. Rapporti e interferenze tra pene sostitutive para-detentive e misure alternative applicabili ab initio. 4.3.1. I problematici rapporti tra le omonime alternative previste in sede di cognizione e in sede di esecuzione. 4.3.2. La mancata inclusione dell’affidamento in prova tra le pene sostitutive. 4.3.3. La previsione del requisito dell’assenso – da parte del condannato – all’applicabilità di pene sostitutive e la persistente applicabilità ab origine dell’affidamento. 4.3.4. Irragionevoli disparità di trattamento ed esiti paradossali. 5. Prospettive di riforma. 5.1. L’auspicabile elevazione delle alternative carcerarie al rango di pene principali. 5.2. In subordine: necessità di un intervento di razionalizzazione della disciplina delle alternative carcerarie applicabili ab origine. 6. Chiusa.*

1. Considerazioni preliminari

Oggetto di questo contributo sono i rapporti e interferenze tra le due omologhe tipologie di misure para-detentive suscettibili di applicazione

sia in fase di cognizione, sia in fase di esecuzione, quali alternative all'esecuzione in forma carceraria di pene di medio-breve durata.

Prima di mettere a fuoco l'evoluzione del rapporto tra le due tipologie di misure e l'impatto delle innovazioni apportate dall'attuazione della "legge Cartabia", è opportuno precisare che, ieri come oggi, i termini con cui designare le c.d. "alternatività carcerarie"¹ mutano nel corso del tempo, pur corrispondendo alla medesima sostanza. I "surrogati penali" così come gli "adattamenti penali", le "pene sostitutive" al pari delle "misure alternative", esprimono la medesima esigenza di fornire una risposta al problema dell'esecuzione delle pene detentive brevi in chiave di compromesso:

non si rinuncia al ruolo centrale della pena carceraria, non si contesta la radice, il fondamento, la funzione della pena carceraria, ma in certi casi si propone di ricorrere a strumenti sanzionatori diversi, affinché siano mantenuti e preservati i caratteri di fondo del sistema penale².

È noto come almeno a partire dalla seconda metà del secolo XIX in Europa si registri la graduale emersione di meccanismi sospensivo-probatori e gradualistici, tipici del trattamento penitenziario. In fase esecutiva, le finalità di flessibilità ed elasticità in chiave special-preventiva vengono perseguite attraverso la valorizzazione del potere discrezionale del giudice e l'individuazione di misure alternative con cui affrontare la "questione penitenziaria": la gestione della crisi di sistema viene affidata al giudice, quale *dominus* della fase esecutiva in cui si polarizzano istanze di individualizzazione del trattamento.

Il dato che sottende costantemente l'evoluzione delle alternatività carcerarie³ è, dunque, la preservazione dell'esclusività della pena carceraria: com'è stato osservato,

¹ V. F. PALAZZO, *Le linee portanti della riforma Cartabia*, in R. BARTOLI, R. GUERRINI (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'incontro di studio di Siena (10 dicembre 2021)*, Napoli, 2022, 21; ID., *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 539 ss.

² T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 139 ss.

³ Come osservato da E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 442, «le misure sospensivo-probatorie oggi presenti nel nostro ordinamento sono state introdotte in epoche lontane l'una dall'altra:

si può sostituire, si può cambiare, si può modificare, però è la sanzione detentiva che resta in termini legislativi come sanzione se non esclusiva, dominante, scaricando sul giudice la gestione differenziale dei vari strumenti sanzionatori⁴.

2. *Le “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”: un istituto destinato all’ineffettività*

È all’interno di questo quadro che è possibile rilevare la connessione genetico-funzionale tra la previsione di ‘misure alternative alla detenzione’ (l. 354/1975) e l’introduzione di ‘sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi’ (l. 689/1981)⁵, con le quali il legislatore mirava a fronteggiare gli effetti de-socializzanti del carcere e, al contempo, a conseguire risultati deflattivi.

Semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria costituivano sanzioni sostitutive applicabili dal giudice di cognizione nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri di cui all’art. 133 c.p. (sempre che non si potesse presumere che le prescrizioni non sarebbero state adempiute dal condannato); si prevedeva che tra le sanzioni sostitutive dovesse essere scelta quella più idonea al reinserimento sociale del condannato e che il giudice dovesse motivare la scelta del tipo di sanzione in concreto applicata.

Le “sanzioni sostitutive” hanno presto registrato un evidente insuccesso e una palese crisi di effettività, per fronteggiare le quali il legislatore ha vanamente disposto la progressiva elevazione del livello di mas-

la liberazione condizionale è presente già nel codice Zanardelli – dunque, nell’ultimo scorcio dell’ottocento –; la condanna condizionale fa la sua comparsa nel 1904, con la legge Ronchetti; l’affidamento in prova nel 1975; la sospensione del procedimento con messa alla prova nel 2014».

⁴ T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., 109.

⁵ Come osservato in dottrina, «l’introduzione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, con la l. 689/1981, porta a compimento il disegno legislativo già declinato nell’ordinamento penitenziario dalle misure alternative alla detenzione (l. 26 luglio 1975, n. 354)» (A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in www.la legislazione penale.eu, 2022, 4).

simo di pena detentiva sostituibile con una di predette sanzioni e l'eliminazione di preclusioni obbiettive, legate alla tipologia di illecito.

I principali fattori alla base del fallimento del previgente meccanismo sostitutivo possono essere individuati, ora, nella concorrenza e sovrapposizione applicativa della sospensione condizionale che, essendo caratterizzata da un regime più vantaggioso per il condannato, ha finito per fagocitare le sanzioni sostitutive; ora, nelle gravose e disincentivanti modalità di esecuzione di quest'ultime, ora, infine, nella problematica interferenza esercitata dalle misure alternative alla detenzione applicabili *ab initio* (ossia al condannato in stato di libertà)⁶.

3. Il rapporto tra sanzioni sostitutive e misure alternative prima della riforma "Cartabia"

Volgendo l'attenzione a quest'ultimo profilo – direttamente rilevante ai fini della presente indagine – si pone la necessità di mettere a fuoco il rapporto che si è venuto instaurando tra sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione prima e dopo l'avvento della riforma Cartabia.

Per quanto riguarda la prima fase evolutiva, occorre distinguere tra due fasi, in dipendenza della modificazione dei presupposti di applicabilità delle "alternative" al carcere previste dalla l. 354/1975 (e la cui tipologia e sfera applicativa sono state in seguito estese).

3.1. Il periodo antecedente alla riforma Cartabia: due fasi

La prima fase coincide con la previsione dell'applicabilità delle misure alternative previo trattamento intramurario, secondo la logica della c.d. "progressività trattamentale". Potendo essere applicate soltanto dopo l'espiazione in forma carceraria di una parte di pena detentiva, secondo il principio dell'esecuzione progressiva delle pene detentive, le "misure alternative alla detenzione" – e in particolare l'affidamento in

⁶ Cfr. O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in www.legislazionepenale.eu, 2022, 4 ss.

prova – non costituivano un’alternativa *ab origine* alla pena detentiva di breve durata⁷. Potendo essere richieste esclusivamente da soggetti *in vinculis*, le misure alternative previste dalla l. 354/1975 non interferivano con l’ambito applicativo delle sanzioni sostitutive in sede di cognizione (almeno in linea di principio, stante l’azione assorbente ivi esercitata dalla sospensione condizionale della pena).

La seconda fase è, invece, caratterizzata dal graduale superamento della logica della *progressività trattamentale* su cui la l. 354/1975 aveva fondato l’operatività delle misure alternative alla detenzione: al fine di evitare il contatto con il carcere nelle ipotesi di pene di breve durata e i conseguenti effetti de-socializzanti, si prevede, infatti, che talune misure alternative siano applicabili *ab initio*, ossia al condannato in stato di libertà, attraverso il meccanismo della sospensione dell’esecuzione di cui all’art. 656 c.p.p. (norma introdotta dalla l. n. 165/1998).

Se posto a confronto con la disciplina delle sanzioni sostitutive, il regime delle misure alternative alla detenzione risultava «meno impegnativo e limitativo della libertà personale, soprattutto con riferimento all’affidamento in prova al servizio sociale»⁸.

Per effetto del livello meno stringente dei vincoli, le misure alternative applicabili *ab initio* hanno, dunque, relegato le sanzioni sostitutive a un irreversibile ruolo marginale e residuale.

Emblematico, in questo senso, il «dominio applicativo» esercitato dall’affidamento in prova⁹, le cui prescrizioni risultavano decisamente

⁷ Come osservato in dottrina, «nell’impianto originario della l. n. 354/1975 l’affidamento in prova al servizio sociale era concepito quale misura alternativa alla detenzione a struttura *sospensiva* da applicarsi nel corso dell’esecuzione della pena carceraria, sulla base dell’osservazione dei progressi compiuti dal detenuto nel trattamento e nella prospettiva di un suo graduale reinserimento nella società» (M. VENTUROLI, *Le misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva della pena tra criticità e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 248).

⁸ O. CALAVITA, *op. cit.*, 4.

⁹ Come osservato in dottrina, «per un verso la legislazione penale prevede (in comminatoria) e correlativamente ‘produce’ (in sentenza) *più carcere* (al netto dell’incidenza della sospensione condizionale della pena); per un altro, per le pene (anche residue) quantitativamente più contenute tale *output* viene stabilmente ridefinito in senso non carcerario dall’operato (discrezionale) della magistratura di sorveglianza in

meno gravose delle limitazioni sottese alle sanzioni sostitutive della semilibertà o della libertà controllata. Passato da “fiore all’occhiello dell’ideale rieducativo” – incentrato sul trattamento in libertà – a strumento principe di deflazione carceraria, l’affidamento in prova ha registrato:

- a) sia la costante estensione della propria sfera di applicazione: oggi, salvo alcune eccezioni, possono essere ammessi alla misura in esame sia i condannati a una pena detentiva non superiore a tre anni o nella versione “allargata”, a quattro anni, sia coloro i quali debbano scontare un residuo di pena della stessa entità¹⁰;
- b) sia la progressiva anticipazione del momento a partire dal quale il condannato matura la possibilità di essere affidato in prova al servizio sociale, potendo tale misura essere adottata a prescindere dall’osservazione intra-muraria¹¹.

Come viene rilevato in dottrina, per effetto del meccanismo di sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva non superiore a quattro anni (*ex art. 656 co. 5 c.p.p.*), l’affidamento in prova *ab initio* risulta largamente dominante nella prassi, tanto che più dei tre quarti dei destinatari accede a tale misura dallo stato di libertà¹².

3.2. I riflessi sulle previgenti sanzioni sostitutive

L’evoluzione legislativa delle misure alternative si è, dunque, riverberata sulla funzionalità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi in termini di procurata ineffettività. Le misure alternative hanno, in effetti, finito per tradursi – almeno di fatto – in un incentivo all’inflizione (e alla non sostituzione) di pene detentive brevi da parte del giu-

fase esecutiva» (C. PERINI, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 279 ss.).

¹⁰ Mentre in origine tale misura poteva essere applicata entro il limite della pena detentiva non superiore a due anni e sei mesi, con la l. Gozzini (l. 663/1986) tale limite fu elevato a tre anni e, infine, con il d.l. 146/2013, conv. in l. 10/2014, a quattro anni.

¹¹ Quando il condannato, dopo la commissione del reato, abbia serbato un comportamento tale da consentire di ritenere che l’affidamento «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47, co. 3, l. 35471975).

¹² V. M. VENTUROLI, *op. cit.*, 250.

dice di cognizione, in considerazione della sospensibilità dell’ordine di esecuzione e della successiva “sostituibilità” delle stesse da parte del tribunale di sorveglianza.

Al di là dell’azione assorbente esercitata in sede di cognizione dalla sospensione condizionale, ad assumere rilievo è l’avvicinamento contenutistico-funzionale delle misure alternative alle sanzioni sostitutive, in conseguenza della crescente identità teleologica¹³: in concreto, l’affidamento in prova ha assunto il ruolo funzionale di “sanzione sostitutiva” applicata dal Tribunale di Sorveglianza.

La delega alla magistratura di sorveglianza del perseguimento di obiettivi di deflazione carceraria ha poi determinato il progressivo spostamento del baricentro della sostituzione della pena detentiva breve nella fase esecutiva: se, da un lato, le funzioni di alternatività in sede di cognizione erano svolte dalla sospensione condizionale e dalla messa alla prova – e, in misura minima, dalle previgenti sanzioni sostitutive –, dall’altro, il fulcro delle misure extracarcerarie si collocava decisamente nel momento esecutivo.

Quel che preme rilevare è, dunque, il fatto che, in conseguenza della stratificazione e del cumulo di interventi legislativi non coordinati in chiave sistematica, nella prassi le reali ed effettive alternative alla “pena detentiva breve” non fossero quelle previste dalla l. 689/1981, bensì, principalmente, la sospensione condizionale della pena, in fase di cognizione e l’affidamento in prova al servizio sociale, in fase di esecuzione¹⁴.

Su questi due poli si incentrava di fatto, prima della riforma Cartabia, il meccanismo della sospensione/sostituzione *ab initio* della pena detentiva di medio-breve durata: due “alternative” alla detenzione ac-

¹³ Nell’escludere la compatibilità tra affidamento in prova e libertà controllata, le Sezioni Unite hanno evidenziato «nelle modalità di esecuzione proprie delle misure alternative contenuti sostanzialmente analoghi a quelli delle sanzioni sostitutive», con la conseguente inutilità dell’applicazione della misura alternativa a quella sostitutiva della quale sostanzialmente costituirebbe un dannoso “duplicato” (Cass., sez. un., 19.12.2001, n. 220821).

¹⁴ Come osservato in dottrina, «l’affidamento in prova al servizio diviene una misura *sostitutiva* che persegue nei fatti una “retribuzione mite”, stante che la sua originaria *ratio* risocializzativa è venuta ad affievolirsi per effetto delle trasformazioni ora descritte» (M. VENTUROLI, *op. cit.*, 251).

comunate non soltanto dal tendenziale automatismo applicativo e dall'affievolimento di contenuti rieducativi.

Sospensione condizionale e affidamento in prova sono, infatti, misure di cui la collettività non riesce a cogliere il reale contenuto afflittivo e che, ormai da tempo, vengono percepite come “non sanzioni”.

3.3. *L'affidamento in prova ab initio quale sanzione sostitutiva di fatto: le conseguenze patologiche*

Com'è stato osservato in dottrina, divenuto di fatto una sanzione sostitutiva della pena detentiva, l'affidamento in prova *ab initio* risultava «irragionevolmente collocato nella fase dell'esecuzione, per effetto di istanze di deflazione penitenziaria», traducendosi «in una sorta di *duplicazione* della sospensione condizionale della pena»¹⁵.

Sul presupposto che il ruolo funzionale esercitato nella prassi da tale misura alternativa non fosse più coerente con la collocazione in fase esecutiva, si proponeva la sua anticipazione alla fase di cognizione: a sostegno di tale soluzione sono stati sottolineati sia il difetto nelle legislazioni straniere di «misure corrispondenti alla forma *iniziale* dell'affidamento», sia l'intollerabilità delle disfunzioni venutisi a creare nel sistema interno di esecuzione delle misure alternative *ab initio*¹⁶.

Si fa riferimento al noto fenomeno patologico dei c.d. *libero sospesi*, ossia dei condannati a pene non superiori a quattro anni di detenzione che, beneficiando della sospensione dell'ordine di esecuzione, attendono per lungo tempo che il tribunale di sorveglianza si pronunci sulle proprie istanze di applicazione di misure alternative.

Predetto fenomeno – che ha raggiunto livelli insostenibili – è la conseguenza del costante aumento di istanze di ammissione alle misure in

¹⁵ V. M. VENTUROLI, *op. cit.*, 251, secondo il quale in tal modo si realizza «una seconda sospensione (ma altresì terza o finanche quarta, posto che il condannato può aver fruito nei tempi più recenti anche della sospensione del processo con messa alla prova) applicata dal tribunale di sorveglianza anziché dal giudice della cognizione».

¹⁶ V. M. VENTUROLI, *op. cit.*, 254 ss., a giudizio del quale tale discrasia «sembra altresì disvelare una lacuna metodologica nel *modus operandi* del legislatore nazionale, preoccupato essenzialmente degli obiettivi di deflazione penitenziaria».

esame e della correlativa incapacità dei magistrati di sorveglianza di farvi fronte nei tempi previsti dalla legge.

3.4. Le cause del deficit di funzionalità delle alternative carcerarie

Alla base delle molteplici criticità fin qui accennate si ponevano (e, come vedremo, continuano a porsi) due fattori interdipendenti: la pressante istanza deflattiva, da un lato, il difetto di coordinamento tra preventivi sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione, dall'altro. Da quest'ultimo punto di vista, è innegabile che, come è stato osservato, il legislatore non sempre «ha riflettuto adeguatamente sui rapporti tra le misure che andava introducendo (o alle quali apportava modifiche) e le misure preesistenti, con seri problemi di coordinamento»¹⁷.

Ne è derivato un intreccio confuso di misure sostitutivo-probatorie, dislocate in fasi diversi del procedimento, uno «stratificato guazzabuglio»¹⁸, tuttora in attesa di un intervento legislativo di razionalizzazione, che provveda al coordinamento tra le misure applicabili nelle fasi predecisoria (per es., la messa alla prova), decisoria ed esecutiva¹⁹.

3.5. Il piano procedurale: l'auspicata traslazione della competenza a decidere sulle misure alternative ab initio dal tribunale di sorveglianza al giudice di cognizione

Ben prima della riforma Cartabia, era stato criticato il fatto che la competenza a decidere su istanze di concessione di misure alternative *ab initio* permanesse in capo al tribunale di sorveglianza, nonostante per l'applicazione delle stesse si prescindesse dai risultati del trattamento

¹⁷ E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie*, cit., 444.

¹⁸ E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie*, cit., 444.

¹⁹ In questo senso, v. A. DELLA BELLA, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 220, la quale sottolinea la necessità che l'area applicativa delle misure sospensivo-probatorie «sia coerente con le strutture e le risorse dedicate, onde evitare che esse si traducano in misure svuotate di contenuti e incapaci di raggiungere quegli obiettivi di tipo riparatorio o riabilitativo per le quali esse sono state introdotte».

intramurario; in prospettiva di riforma, si era, dunque, auspicato che fosse il giudice di cognizione ad assumere predetta competenza.

Si faceva, inoltre, notare come, evitando l'abnorme iato temporale di norma intercorrente tra provvedimento di ammissione ed esecuzione della misura, una simile soluzione avrebbe contribuito, da un lato, a evitare il fenomeno dei libero-sospesi e, dall'altro, alla tenuta *general-preventiva* del sistema penale e all'efficacia *specialpreventiva* della misura alternativa *ab initio*²⁰.

Quello della traslazione delle misure alternative *ab initio* dall'esecuzione alla cognizione è, in effetti, un passaggio tanto opportuno, quanto delicato.

Prima della recente riforma, predetto progetto di "traghettaggio" era rimasto sempre allo stato di tentativo incompiuto, pur essendo già stato inserito in proposte di riforma e discusso soprattutto da parte dei penitenziaristi²¹.

Nel contesto delle modifiche del processo penale collegate all'entrata in vigore del giudice unico, il c.d. d.d.l. "Carotti" aveva, in effetti, «aveva ventilato la possibilità della concessione delle misure alternative alla detenzione direttamente da parte del giudice della cognizione», sia pur nell'ambito del solo procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti (un'impostazione, quest'ultima, in seguito adottata e sviluppata dalla Commissione Lattanzi, ma non recepita dalla l. 134/2021).

Sebbene il testo di legge definitivo (l. n. 479/1999) sia stato approvato senza la predetta modificazione, questo precedente è stato di recente ricordato per «per le criticità – in parte analoghe alle odierne –

²⁰ Come osservato in dottrina, «non si può inoltre trascurare che, non dovendosi valutare i progressi raggiunti dal condannato durante il trattamento, il tribunale di sorveglianza, quando è chiamato a decidere in ordine all'applicazione dell'affidamento in prova *ab initio*, ha un grado di conoscenza dell'autore del reato inferiore a quello di cui dispone il giudice della cognizione, sia pure con tutti i limiti connessi a una valutazione meramente processuale della personalità del delinquente consentita al magistrato del giudizio» (M. VENTUROLI, *op. cit.*, 251).

²¹ Cfr. R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 2021, 32 ss.

allora messe in risalto dalla riflessione della dottrina e della giurisprudenza»²².

4. La riforma Cartabia: la previsione di quattro tipologie di pena sostitutiva

Sulla falsariga del progetto elaborato dalla Commissione Lattanzi, la l. 134/2021 e il d.lgs. 150/2022 segnano l'ingresso nella fase di cognizione di talune alternative carcerarie previste come misure alternative in fase di esecuzione.

Rinunciando a intervenire sul catalogo delle pene principali²³ – e in continuità con il modello sospensivo a contenuto sanzionatorio di cui alla l. 689/1981²⁴ – il legislatore ha inteso, dunque, incidere sui criteri di distribuzione dell'“alternatività carceraria” tra cognizione ed esecuzione, prevedendo nuove “pene sostitutive”²⁵.

Con tale denominazione, espressamente richiamata anche nel nuovo art. 20-*bis* c.p., il legislatore mira a «sottolineare la componente afflitti-

²² In dottrina si ricorda come la Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza, istituita presso il CSM, avesse delineato alcune direttrici d'intervento indispensabili per supportare predetta proposta di riforma, tra cui spiccano la ritenuta «concreta impraticabilità di qualunque alternativa a una pena di tipo detentivo (...) che non si fondi su una serie di informazioni, le più ampie possibili, sulla persona condannata, sulla sua vita precedente o successiva al reato, secondo il paradigma, troppo spesso vanamente invocato, descritto dall'art. 133 c.p.» e la «necessità di evitare che sulla stessa pena alternativa mettessero le mani due organi giudiziari diversi» (R. DE VITO, *op. cit.*, 32 ss.).

²³ F. PALAZZO, *Linee portanti*, cit., 23, secondo il quale «una scelta appunto di sistema, e fors'anche di civiltà», volta a «definire l'ampiezza generale, complessiva del ricorso che il sistema fa alla pena carceraria», sarebbe meglio che «rimanesse principalmente nelle mani del legislatore proprio perché fortemente connotata da una valenza politica di fondo».

²⁴ V. T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *G. dir.*, 41, 2022, 8 s.

²⁵ Per una sintesi, v. P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino, 2023, 83 ss.

va che comunque caratterizza, con diversa gradazione, le sanzioni paradedentive, la pena pecuniaria e lo stesso lavoro di pubblica utilità»²⁶.

Alla base dell'intervento legislativo si pone l'esigenza di sussidiarietà dell'esecuzione in forma carceraria della pena detentiva, in ottica deflattiva.

Siffatto obiettivo viene perseguito dal legislatore attraverso l'elevazione da due a quattro anni del limite massimo di pena detentiva sostituibile (coincidente con quello che consente la sospensione dell'ordine di esecuzione, *ex art. 646 c.p.p.*) e la previsione, appunto, di tre nuove "pene sostitutive" che si affiancano alla sanzione pecuniaria (sostitutiva): semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità; a differenza di quanto previsto nel progetto Lattanzi, non viene, invece, preso in considerazione quale pena sostitutiva l'affidamento in prova²⁷.

Non di poco conto le aspettative riposte nel nuovo istituto: se sul piano del processo il legislatore si attende un incentivo ai riti alternativi, la riduzione delle impugnazioni (per effetto dell'inappellabilità delle sentenze di condanna al lavoro di pubblica utilità) e del numero dei procedimenti davanti al tribunale di sorveglianza, sul versante del carcere si ritiene che l'intervento di riforma «prometta un significativo impatto, concorrendo alla riduzione del numero dei detenuti per pene brevi» e alla mitigazione del fenomeno del sovraffollamento delle strutture penitenziarie²⁸.

²⁶ G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2023, 3; come rilevato da D. GUIDI, «ogni sanzione è espressamente qualificata con l'aggettivo "sostitutiva/o": in tal modo il legislatore ha voluto porre l'accento sulla "natura" di tali sanzioni, onde renderle immediatamente distinguibili da istituti con la medesima denominazione, ma che espletano funzioni diverse e soggiacciono a una diversa disciplina giuridica» (D. GUIDI, *op. cit.*, 14).

²⁷ Predetto progetto prevedeva l'introduzione dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive della pena detentiva fino a quattro anni: una misura alternativa non privativa della libertà personale e meno restrittiva di semilibertà e detenzione domiciliare.

²⁸ Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150* (in G.U. 19.10.2022, n. 245), 352.

4.1. Parallelismi e convergenze tra pene sostitutive para-detentive e omologhe misure alternative alla detenzione a seguito della riforma “Cartabia”

Ai fini della presente indagine assumono, in particolare rilievo, due misure– *la semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva* – ritagliate, a livello contenutistico, sulle omologhe *misure alternative alla detenzione* e che ne condividono la «modalità esecutiva “mista”, in parte in stato di detenzione, in parte in stato di libertà»²⁹.

Tra le omologhe misure previste ora in funzione sostitutiva, ora in funzione alternativa alla detenzione, non mancano alcuni profili di eterogeneità disciplinare e di diversità contenutistica, «inevitabilmente correlate alla diversa fase procedimentale in cui le misure vengono adottate nonché ad alcuni profili operativo-funzionali»³⁰.

È indubbio, però, che a prevalere siano parallelismi, affinità e convergenze.

A partire dal piano terminologico.

La denominazione “pene sostitutive” di cui al d.lgs. 150/2022 trova, infatti, corrispondenza nella ricorrente qualificazione delle misure alternative come “pene alternative”: dopo aver iniziato a fare ricorso a quest’ultima espressione negli anni Ottanta, nella sent. 32/2020 la C. cost. fa, per es., riferimento alla detenzione domiciliare (art. 47-ter l. 354/1975) come “pena alternativa alla detenzione”, piuttosto che come “misura alternativa alla pena”.

Il parallelismo è ancora più evidente sul piano disciplinare: per le due tipologie di pene sostitutive in esame, la legge delega prevede, infatti, la mutuazione della normativa sostanziale e processuale prevista dalla l. 354/1975, in quanto compatibile; si conferisce, altresì, al Governo (art. 1 co. 17 lett. d) il compito di

ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall’ordinamento penitenziario per l’accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare

²⁹ D. GUIDI, *op. cit.*, 25.

³⁰ D. GUIDI, *op. cit.*, 3.

con la conseguente estensione alla detenzione domiciliare e alla semilibertà sostitutive del regime di preclusioni contemplato (artt. 4-*bis* e 58-*quater*, l. 354/1975) per le omologhe misure alternative (art. 59, d.lgs. 150/2022).

Ulteriori e pregnanti nessi di collegamento riguardano il coinvolgimento degli uffici per l'esecuzione penale esterna al fine di consentire l'applicazione delle pene sostitutive nel giudizio di cognizione.

Non vi è dubbio, peraltro, che il profilo di continuità più pregnante e significativo tra le due tipologie di alternatività carceraria sia rappresentato dalla comune conformazione discrezionale³¹ e dal ruolo predominante e assorbente esercitato dalla valutazione giudiziale³².

Come sottolineato in dottrina,

la scelta di *sostituire* la pena detentiva con la detenzione domiciliare o la semilibertà, infatti, è subordinata alla valutazione discrezionale da parte del giudice della cognizione, che la legge delega orienta tramite i due (consueti) criteri dell'idoneità rieducativa e della prognosi negativa di pericolosità (art. 1, co. 17 lett. a, l. 134/2021)³³.

Ai sensi del rinnovato art. 58, l. 689/1981³⁴, idoneità rieducativa e prevenzione del pericolo di nuovi reati *ad hoc* sono quindi, i criteri ai quali il giudice è tenuto a conformarsi in ordine all'*an* e al *quomodo*

³¹ Come rilevato da F. PALAZZO, *Linee portanti*, cit., 22, «il nuovo sistema delle sanzioni sostitutive è contrassegnato da una larga componente di discrezionalità: non solo perché ormai le pene detentive brevi sono “ufficialmente” considerate quelle fino a quattro anni di pena in concreto; non solo perché al giudice compete la scelta sull'*an* della sostituzione rispetto a reati che in astratto possono essere anche di una consistente gravità; ma anche e soprattutto perché l'opzione del giudice, per le fasce di reati via via meno gravi in concreto, riguarderà una gamma di alternative concorrenti davvero ampia».

³² Come osservato da A. COSTANTINI, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento della prospettiva carcerocentrica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 317, detenzione domiciliare e semilibertà riformate replicano in sede di cognizione la conformazione discrezionale tipica delle misure alternative.

³³ V. A. COSTANTINI, *op. cit.*, 316, secondo cui l'applicazione della pena sostitutiva dipende «dalla valutazione in concreto della persona dell'autore e delle sue esigenze trattamentali».

³⁴ Per ulteriori approfondimenti, v. A. ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 1 ss.

della sostituzione³⁵, sulla falsariga di quanto disposto all’art. 47, l. 354/1975, in ordine ai presupposti di applicabilità dell’affidamento in prova.

4.2. Criticità e ostacoli che si frappongono al conseguimento degli obiettivi dell’intervento di riforma

Una deflazione carceraria – mediante sostituzione della pena detentiva di medio-breve durata – che si intende realizzare valorizzando la discrezionalità giudiziaria e delegando all’organo giudicante «la gestione del sistema sanzionatorio in crisi», secondo la consueta «logica del caso concreto» e della «prudente valutazione» del giudice³⁶.

Si tratta di valutare la concreta realizzabilità degli obiettivi presi di mira dal legislatore e la reale capacità delle innovazioni adottate di incidere sulle attuali dinamiche del sistema sanzionatorio e, in particolare, sui «gravi inconvenienti generatisi nella prassi della concessione *ab initio* delle misure alternative»³⁷.

Una prima criticità di carattere generale è rappresentata dal fatto che la legge delega non prevede l’adeguamento della normativa esecutiva al nuovo paradigma sostitutivo. Ne consegue che l’intento di traslare dallo stadio dell’esecuzione alla fase di cognizione il baricentro operativo della sostituzione della pena detentiva di durata medio-breve risulta ostacolato dall’“autoreferenzialità” della nuova disciplina e, cioè, dalla mancata considerazione degli scompensi che si verranno a creare tra cognizione ed esecuzione per effetto dell’intervento legislativo³⁸.

³⁵ Secondo G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.la-legislazione-penale.eu, 2021, 9, l’intento del legislatore delegante è quello di «evitare che le predette misure vengano a rivestire un ruolo meramente ‘clemenziale’, con l’effetto di ‘deresponsabilizzare’, per così dire, l’organo giudicante».

³⁶ Cfr. D. GUIDI, *op. cit.*, 9.

³⁷ G. DE VERO, *op. cit.*, 4.

³⁸ Sul punto, v. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega “Cartabia”*: una grande occasione non priva di rischi, in *Sist. pen.*, 2022, 1 ss.; O. CALAVITA, *op. cit.*, 10 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in www.la-legislazione-penale.eu, 2022, 1 ss.

Il legislatore si è, infatti, limitato a stabilire l'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione al condannato in espiatione delle pene sostitutive (art. 67, l. 689/1981), con l'eccezione dell'affidamento in prova, accessibile dopo l'espiatione di almeno metà della pena sostitutiva e nel rispetto delle altre condizioni fissate dall'art. 47, co. 3-ter, l. 354/1975.

Come è stato osservato in dottrina, il legislatore della riforma non pare, dunque, «preoccuparsi eccessivamente dei rapporti del *novum* con le altre “alternatività carcerarie” che continueranno a esistere nel sistema e a coesistere con le nuove sanzioni sostitutive»³⁹.

In tal modo, il legislatore delegante non ha calcolato – oppure ha ritenuto inevitabili, in conseguenza dei vincoli posti dalla legge delega – gli effetti dei distonici rapporti intercorrenti tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione.

La tesi qui sostenuta è che la (persistente) possibilità che, in sede di esecuzione, semilibertà, detenzione domiciliare e affidamento in prova siano applicabili – entro determinati limiti – a condannati ancora in stato di libertà e l'esclusione dell'affidamento in prova dall'ambito delle “pene sostitutive” siano destinate a pregiudicare la razionalità e la funzionalità del nuovo “sistema” sostitutivo, mettendone a repentaglio l'effettività.

Come si cercherà di dimostrare, è tutt'altro che remota l'eventualità che, nel caso di pene detentive di durata superiore a due – e soprattutto a tre – anni, nella prassi applicativa si continui a ricorrere all'affidamento in prova quale *prima ratio* sostitutiva, perpetuando il fenomeno patologico dei c.d. libero-sospesi.

Per comprendere il senso di queste affermazioni, occorre mettere a fuoco la relazione intercorrente tra “pene sostitutive” para-detentive e “misure alternative alla detenzione” e verificare le eventuali «incongruenze derivanti dalla compresenza dei due complessi normativi»⁴⁰.

³⁹ F. PALAZZO, *Linee portanti*, cit., 21; per un'analisi comparatistica delle alternative carcerarie, v. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 51 ss.

⁴⁰ G. DE VERO, *La riforma*, cit., 6.

4.3. *Rapporti e interferenze tra pene sostitutive para-detentive e misure alternative applicabili ab initio*

Due appaiono le maggiori criticità, entrambe legate alla persistente applicabilità *ab initio* di talune misure alternative alla detenzione.

In ordine di crescente intensità ostativa rispetto al nuovo modello sostitutivo, assumono rilievo: a) l'applicabilità *ab initio* di alcune ipotesi di semilibertà e detenzione domiciliare; b) la maggiore convenienza dell'affidamento in prova nell'ambito delle alternative carcerarie *ab initio*.

4.3.1. *I problematici rapporti tra le omonime alternative previste in sede di cognizione e in sede di esecuzione*

Dal primo punto di vista, è possibile rilevare una situazione di ambivalenza o bipolarità funzionale: semilibertà e detenzione domiciliare possono, infatti, essere applicate sia come “pene sostitutive”, da parte del giudice di cognizione e con il consenso dell'imputato; sia come “misure alternative”, previa richiesta del condannato, da parte del tribunale di sorveglianza.

Occorre valutare i riflessi e le conseguenze di predetta ambivalenza sistematica, alla luce di due dati disciplinari: da un lato, il già sottolineato difetto di collegamento tra le discipline delle due alternative carcerarie nelle rispettive sedi di cognizione ed esecuzione⁴¹; dall'altro, il fatto che mentre la condanna definitiva alla pena sostitutiva è immediatamente esecutiva, l'esecuzione della condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni è, invece, sospendibile *ex art.* 656 co. 5 c.p.p.

In primo luogo, occorre distinguere a seconda che la pena detentiva da sostituire superi o meno il limite massimo che consente di applicare semilibertà o detenzione domiciliare *ab origine*.

Nella prima ipotesi, avendo il legislatore elevato a quattro anni di detenzione in concreto il limite massimo di pena detentiva sostituibile con semilibertà e detenzione domiciliare, quest'ultime pene sostitutive

⁴¹ Cfr. G. DE VERO, *La riforma*, cit., 5; sul punto, v., altresì, F. PALAZZO, *Le linee portanti*, cit., 21 s.

presentano una sfera di applicazione decisamente più ampia rispetto a quella di semilibertà e detenzione domiciliare “alternative”, dando l’impressione di poter raggiungere livelli più elevati di applicazione⁴². Solo di un’impressione, invero, si tratta, stante la concorrenza esercitata dall’affidamento in prova.

Nel secondo caso, si pone, invece, il problema della concorrenza tra “pene sostitutive” para-detentive e omologhe “misure alternative” applicabili *ab initio*: sia semilibertà, sia detenzione domiciliare, possono, infatti, entro determinati limiti, essere applicate a prescindere dalla previa esecuzione – anche parziale – della pena detentiva in carcere e, cioè, al di fuori delle ipotesi di esecuzione progressiva delle pene detentive.

Da un lato, l’art. 50, co. 1, l. 354/1975, prevede che «possono essere espiate in regime di semilibertà la pena dell’arresto e la pena della reclusione non superiori a sei mesi se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale»; dall’altro, eccetto il caso della detenzione domiciliare speciale riservato alle condannate madri (art. 47-*quinquies*, l. 354/1975), tutte le altre ipotesi facenti parte del “sistema” di esecuzione penale domiciliare risultano applicabili *ab origine*⁴³.

Ci si è chiesti se da tale dualismo funzionale il sistema sanzionatorio possa trarre giovamento oppure se le pene sostitutive «si risolvano poi in mere superfetazioni normative»⁴⁴, ossia in inutili duplicazioni, destinate a marginalità applicativa.

⁴² Sul sostanziale disallineamento tra la normativa ordinaria e quella penitenziaria e sull’inconciliabilità del limite edittale delle misure alternative con le omonime sanzioni sostitutive, v. O. CALAVITA, *op. cit.*, 10, il quale osserva che «la detenzione domiciliare generica può essere concessa in sorveglianza fino a due anni, mentre quattro anni è la soglia prevista per quella “umanitaria” e per l’affidamento in prova; al contrario, in sede di cognizione l’unico limite previsto è pari a quattro anni».

⁴³ In sintesi, la detenzione domiciliare “ordinaria” (art. 47-*ter*, l. 354/1975), le ipotesi di detenzione domiciliare riservate ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* l. 354/1975), la detenzione domiciliare c.d. “svuotacarceri” (esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per pene non superiori a diciotto mesi, *ex art.* l. 199/2010) e, infine, la c.d. detenzione domiciliare “straordinaria”, legata all’emergenza epidemiologica da “Covid-19”.

⁴⁴ A. FORTUNATO, *L’evoluzione della disciplina in tema di misure alternative alla detenzione dalla riforma Orlando sino a Cartabia: quale futuro per il sistema penitenziario?*, in *www.discrimen.it*, 2022, 36.

A tal proposito, l’interrogativo con il quale confrontarsi è il seguente: quale interesse può avere l’imputato a optare a favore di semilibertà o detenzione domiciliare sostitutiva – la cui inflizione con sentenza definitiva è immediatamente esecutiva – quando le medesime misure risultano accessibili anche in sede esecutiva e *ab origine*, previa sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva?

A ciò si aggiunge il fatto che, stante il difetto di una disciplina di raccordo, la mancata applicazione della detenzione domiciliare o semilibertà sostitutiva, per ragioni correlate o al difetto di consenso dell’imputato o all’idoneità rieducativa o alla prevenzione di nuovi reati, non preclude la concessione dell’omologa misura in sede esecutiva al condannato in stato di libertà⁴⁵.

Come anticipato, a privare le due pene sostitutive in esame di appetibilità e, di riflesso, di effettività è la persistente applicabilità dell’affidamento in prova *ab origine* in sede esecutiva: che interesse può nutrire, infatti, l’imputato-condannato a dare l’assenso all’applicazione di una delle due pene sostitutive in esame, considerato che tale opzione gli precluderebbe di chiedere in stato di libertà l’applicazione della più favorevole misura dell’affidamento in prova⁴⁶ e di beneficiare della sospensione dell’ordine di esecuzione?

4.3.2. *La mancata inclusione dell’affidamento in prova tra le pene sostitutive*

Siamo così giunti al cuore del problema: il rapporto, trascurato e irrisolto dal legislatore della riforma, tra “pene sostitutive” e “affidamento in prova”.

⁴⁵ In senso critico, v. G. DE VERO, *op. cit.*, 6, il quale sottolinea come «il giudice dell’esecuzione potrebbe in sostanza, a breve distanza dall’intervenuta condanna alla pena detentiva e quindi disponendo dello stesso corredo di informazioni già valutato dal giudice di cognizione, ribaltare la decisione negativa di quest’ultimo e concedere le corrispondenti misure».

⁴⁶ Come osservato in dottrina, «naturalmente l’osservazione non riguarda i casi di condanna al differenziale di pena detentiva compreso tra i tre anni compatibili con l’affidamento in prova ai sensi dell’art. 47 co. 1 l. 26.7.1975 n. 354 e i quattro anni della soglia prevista per la semilibertà e la detenzione domiciliare dall’art. 53 l. 689/1981» (G. DE VERO, *op. cit.*, 6, nt. 19).

L'aspetto più delicato riguarda, infatti, l'interazione con la misura alternativa maggiormente applicata nella prassi e che – discostandosi dal progetto Lattanzi – il legislatore delegante non ha compreso nel novero delle 'nuove' pene sostitutive⁴⁷, ossia l'affidamento in prova al servizio sociale. Una misura alternativa di carattere sospensivo che, per alcuni versi, può ritenersi l'equivalente funzionale – in sede esecutiva – della causa estintiva di cui agli artt. 163 e ss. c.p.

Sulle ragioni di tale 'esclusione' sono state avanzate spiegazioni eterogenee: vi è chi ha ritenuto che essa sia stata indotta dal timore di disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e di allungare i tempi del processo e chi, invece, ha ipotizzato che la previsione dell'affidamento sostitutivo sia stata ritenuta inopportuna in quanto idonea a trasformare tale misura in una forma di surrettizia "sospensione condizionale"⁴⁸.

La tesi più persuasiva è, però, quella che fa dipendere predetta esclusione dal fatto che – essendo «l'unica tra le misure alternative alla detenzione che non comporta alcuna restrizione della libertà personale» – l'affidamento in prova "sostitutivo" avrebbe potuto essere percepito come «segnale di puro "clemenzialismo" o, comunque, di eccessiva indulgenza nei confronti di reati pur sempre connotati da una certa gravità»⁴⁹.

Sul presupposto – largamente condiviso – secondo cui «la pena debba consistere in una privazione di libertà: preferibilmente, forse, in una privazione di libertà che abbia a che fare con il carcere»⁵⁰ e nella consapevolezza del fatto che l'affidamento in prova è percepito dall'opinione pubblica come "espediente" per evitare il carcere, per esigenze «squisitamente politiche e di consenso»⁵¹ si è, dunque, ritenuto preferibile circoscrivere alle più afflittive semilibertà e detenzione domiciliare

⁴⁷ Sul punto, v. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2021, 3; G. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 2021, 17 e, volendo, A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in R. BARTOLI, R. GUERRINI (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 41.

⁴⁸ V. G. GATTA, *Riforma della giustizia penale, op. cit.*, 17; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive*, cit., 3.

⁴⁹ D. GUIDI, *op. cit.*, 39.

⁵⁰ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive*, cit., 5.

⁵¹ R. DE VITO, *op. cit.*, 32.

il ruolo ambivalente di pene sostitutive e misure alternative alla detenzione.

A ben vedere, così facendo è lo stesso legislatore ad attestare il fatto che l'affidamento in prova non presenta un contenuto così restrittivo e afflittivo da meritare la qualificazione di “pena sostitutiva” e ad ammettere, implicitamente, la sua maggiore convenienza: una valutazione “differenziale” i cui effetti sono destinati a ripercuotersi con esiti tombali sull’effettività del nuovo meccanismo sostitutivo.

4.3.3. La previsione del requisito dell’assenso – da parte del condannato – all’applicabilità di pene sostitutive e la persistente applicabilità ab origine dell’affidamento

Un ulteriore aspetto critico è dato dal fatto che l’affidamento in prova rimane tuttora applicabile *ab origine* ai condannati a pena non superiore a quattro anni di detenzione, a prescindere dalla circostanza che il giudice di cognizione abbia ritenuto non sostituibile la pena detentiva o che il condannato non abbia dato il proprio assenso all’applicazione di pene sostitutive.

A pesare negativamente è il fatto che alla mancata inclusione dell’affidamento tra le pene sostitutive si aggiunge la scelta – esiziale – di far dipendere l’applicabilità “in concreto” delle pene sostitutive (diverse dalla pena pecuniaria) dalla manifestazione di esplicito assenso da parte dell’imputato-condannato⁵².

Nei lavori preparatori, tale scelta viene motivata con l’esigenza “dare coerenza” all’impianto normativo e con la necessità di fronteggiare

⁵² Il legislatore delegato ha, dunque, ritenuto di estendere anche alla semilibertà e alla detenzione domiciliare sostitutive la condizione di applicabilità prevista dalla legge delega esclusivamente per il lavoro di pubblica utilità; in dottrina si è, peraltro, ipotizzato che, essendo prevalentemente incentrate sulla rieducazione, il successo applicativo di quest’ultime sia stato associato dal legislatore alla «condizione preliminare dell’adesione convinta e del coinvolgimento dell’interessato ai programmi trattamentali» (F. PALAZZO, *Uno sguardo d’insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 13). Gli ulteriori profili problematici – per es., l’aggravio degli adempimenti e l’estensione della durata del processo provocati dalla necessità di un’udienza “suppletiva” – potrebbero rivelarsi del tutto virtuali, in conseguenza della assai scarsa adesione alla soluzione “sostitutiva”, da parte dei condannati.

le conseguenze derivanti dalla mancata inclusione dell'affidamento in prova nel novero delle pene sostitutive.

Il timore di possibili censure di illegittimità costituzionale si riferisce all'irragionevole disparità di trattamento tra il condannato alla pena della reclusione inferiore a quattro anni non sostituita – che può chiedere l'affidamento in prova, beneficiando dell'ordine di sospensione dell'ordine di esecuzione – e il condannato alla stessa pena detentiva – ma, questa volta – sostituita con la semilibertà o la detenzione domiciliare, nei confronti del quale la sentenza definitiva diverrebbe immediatamente esecutiva⁵³.

Nel dare il proprio assenso alla sostituzione della pena detentiva, il condannato rinuncia, infatti, al beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione e alla possibilità di essere ammesso *ab initio* all'affidamento in prova⁵⁴.

Come è stato osservato in dottrina, la previsione del requisito del consenso si rivela, dunque, controproducente, con probabili effetti di depotenziamento e ineffettività della nuova disciplina: la prestazione del consenso non solo non comporta un reale “beneficio” sanzionatorio, bensì rende obbiettivamente deteriore la posizione giuridica dell'imputato-condannato.

In definitiva, la concedibilità, in fase esecutiva, della misura – meno afflittiva – dell'affidamento in prova si traduce nella sterilizzazione del tentativo del legislatore di garantire l'effettività del dualismo funzionale di semilibertà e detenzione domiciliare e, di riflesso, nel mantenimento della misura alternativa più applicata nella prassi quale *default option* rispetto all'esecuzione in carcere della pena detentiva di durata medio-breve.

⁵³ Come osservato nella *Relazione*, cit., 423, i soggetti giudicati meritevoli di sostituzione, «andrebbero incontro a un trattamento sanzionatorio immediatamente esecutivo e maggiormente afflittivo e non potrebbero chiedere l'applicazione di una misura meno afflittiva, quale l'affidamento in prova».

⁵⁴ Ai sensi del nuovo co. 3-ter dell'art. 47, l. n. 354/1975, quest'ultima misura può essere, infatti, concessa al condannato alle pene sostitutive della semilibertà o della detenzione domiciliare soltanto a seguito dell'espiazione di almeno metà della pena, nel caso in cui lo stesso «abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla rieducazione del condannato e assicurati comunque la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

Risulta, infatti, francamente, difficile comprendere quale interesse o vantaggio possa comportare la sostituzione della pena detentiva con la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità (sia pur nella prospettiva di poter accedere all'affidamento a seguito dell'espiazione di almeno metà della pena sostitutiva), tenuto conto del fatto che l'affidamento in prova sarebbe, comunque, accessibile in sede esecutiva, previa sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e, soprattutto, a prescindere dall'espiazione di cospicua parte di “pene” comunque più afflittive⁵⁵.

Finalizzato allo scopo di evitare gravi disparità di trattamento – ma inidoneo allo scopo di ridurre il grado di ineffettività della nuova disciplina – si rivela il nuovo art. 47 co. 3-ter l. 26.07.1975 n. 354, che, come anticipato, consente la concessione dell'affidamento in prova al condannato che abbia espiaato almeno metà della pena sostitutiva paradedentiva, quando lo stesso abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla rieducazione del condannato e assicuri comunque la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

Come è stato opportunamente rilevato,

la prospettiva di espiaare due anni di semilibertà o di detenzione domiciliare prima di accedere all'affidamento in prova è in ogni caso meno “attraattiva” per l'imputato rispetto a quella di rimanere in libertà e accedere in un secondo momento a tale misura alternativa alla detenzione⁵⁶.

⁵⁵ Secondo F. PALAZZO, *Linee portanti*, cit., 22, «rispetto alle sanzioni sostitutive limitative della libertà personale, il condannato avrebbe irragionevolmente un maggiore interesse a non usufruire della sostituzione per non bruciarsi l'opportunità di beneficiare *ab initio* di un trattamento in libertà».

⁵⁶ D. GUIDI, *op. cit.*, 41, secondo il quale «insomma, questa combinazione di requisiti e divieti (consenso dell'imputato per la sostituzione, inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione; deroga al divieto di applicazione dell'affidamento in prova solo dopo due anni di espiazione di semilibertà o di detenzione domiciliare) rischia di minare alle fondamenta l'effettività delle nuove pene sostitutive, vanificando gli sforzi compiuti dal legislatore della riforma per ampliare il raggio applicativo di tale tipologia di sanzioni».

4.3.4. Irragionevoli disparità di trattamento ed esiti paradossali

L'evidente differenziale di appetibilità e convenienza che intercorre tra pene sostitutive – dal contenuto più afflittivo e immediatamente esecutive – e l'affidamento in prova – accessibile dallo stato di libertà (e la cui esecuzione, per effetto dell'art. 656 c.p.p., è suscettibile di sospensione pluriennale) – è destinato a produrre irragionevoli disparità di trattamento⁵⁷.

Si è, in effetti, rilevato che – nel caso in cui il condannato dia il proprio assenso alla sostituzione della pena detentiva e il giudice di cognizione non ritenga meritevole di sostituzione la pena inflitta – si viene a determinare uno scenario a dir poco paradossale: mentre

il condannato a pena detentiva ritenuto non meritevole di pena sostitutiva vedrebbe sospendersi l'ordine di esecuzione della condanna per attendere da uomo libero il verdetto del tribunale di sorveglianza sull'affidamento in prova, e, in caso di concessione di quest'ultima misura, non subirebbe mai alcun tipo di restrizione detentiva

invece il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare «entrerebbe immediatamente in carcere (sia pure per un numero limitato di ore giornaliera) o subirebbe il confinamento nel proprio domicilio»⁵⁸.

Il potenziale trattamento peggiore per i condannati a pena sostitutiva rispetto a coloro che sono condannati a una pena non sostituita è l'inevitabile conseguenza del difetto di coordinamento tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione, della scelta di escludere l'affidamento in prova dal meccanismo sostitutivo e della decisione di subordinare l'applicazione della pena sostitutiva al consenso del condannato.

⁵⁷ Secondo un'opinione dottrinale, «gravi inconvenienti correlati alla mancata inclusione dell'affidamento in prova nel novero delle pene alternative: da tale scelta potranno derivare effetti di irragionevole disparità di trattamento tra condannati, con il rischio di conseguenze maggiormente afflittive per i condannati ritenuti meritevoli della pena sostitutiva – dunque meno pericolosi – e contestuale frustrazione dello scopo di alleggerire il processo di cognizione dal fardello delle impugnazioni delle condanne a pene sostitutive» (R. DE VITO, *op. cit.*, 35).

⁵⁸ D. GUIDI, *op. cit.*, 40.

L'incompiutezza e l'inadeguatezza del tentativo legislativo di duplicazione funzionale delle “alternatività carcerarie” sono, dunque, destinate a minare alla radice l'effettività del nuovo regime sostitutivo, a rendere irrilevante l'incidenza sull'inflazione carceraria e, infine, a confermare il predominio applicativo di altri istituti o misure: quello esercitato dalla sospensione del processo con messa alla prova e dalla sospensione condizionale nella fascia di pene detentive contenute in concreto entro il limite di due anni⁵⁹; quello dell'affidamento in prova nell'ambito delle pene detentive inflitte in misura non superiore a quattro anni.

I limiti e le incongruenze da cui è affetto il nuovo regime finiranno per sancire la prevalenza di quegli istituti o misure che il legislatore delegante aveva voluto mantenere al di fuori della sfera della sostituzione *ab initio*, in quanto percepiti collettivamente come privi di adeguata od effettiva consistenza afflittiva.

Un risultato, per molti versi, paradossale, dimostrativo della necessità di un ulteriore – e, questa volta, più razionale – intervento di riforma.

5. Prospettive di riforma

De jure condendo, due appaiono, in ordine di preferenza, le soluzioni meritevoli di essere adottate: la previsione di nuove pene principali, da un lato; la razionalizzazione della disciplina concernente le misure alternative applicabili *ab initio* in fase esecutiva, dall'altro.

5.1. L'auspicabile elevazione delle alternatività carcerarie al rango di pene principali

Dal primo punto di vista, si tratta, anzitutto, di superare – già sul piano socio-culturale – le riserve e le resistenze emergenti in ordine alla riduzione delle pene carcerarie e recepite ed enfatizzate sul piano politico-legislativo: come è stato incisivamente osservato,

⁵⁹ Come osservato in dottrina, «rispetto a questa fascia di pene in concreto, rischia di riprodursi la situazione che decretò la sostanziale morte delle vecchie sanzioni sostitutive della legge 689/1981, completamente fagocitate dalla più “comoda” e “appetibile” sospensione condizionale» (T. PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 9).

occorre ribaltare la comune rappresentazione del rapporto da instaurare in termini politico-criminali tra pena carceraria e altre sanzioni restrittive della libertà personale e, al tempo stesso, spiegare in maniera più convincente la ragione e i limiti entro i quali non è possibile rinunciare alla prima in presenza dei reati più gravi⁶⁰.

Si impone, dunque, il rovesciamento della prospettiva attualmente dominante in senso retributivo: nell'ottica dell'*extrema ratio* dell'esecuzione carceraria, a dover essere legittimate non dovrebbero essere le sanzioni para-detentive o sospensivo-probatorie candidate al rango di pene edittali, bensì la pena carceraria, che dovrebbe essere sottoposta a «un rigoroso esame volto a verificare quali elementi di ragionevolezza ne possano spiegare l'impiego a fronte dei crimini incidenti sui beni giuridici di maggiore pregio»⁶¹.

In quest'ottica, alla luce del progetto di riforma elaborato dalla commissione "Palazzo" e di significative proposte dottrinali⁶², detenzione domiciliare e semilibertà – e, probabilmente, anche l'affidamento in prova – meriterebbero l'elevazione al rango di pena edittale, superando la logica discrezionale-sospensiva propria delle pene sostitutive e delle misure alternative e il condizionamento esercitato dalla specificità della persona dell'autore sull'applicazione dell'alternatività carceraria.

⁶⁰ V. G. DE VERO, *op. cit.*, 11, il quale rileva che «anche quando si è faticosamente proceduto a introdurre nel sistema punitivo, prima in sede di esecuzione e ora di cognizione, le misure o pene alternative alla detenzione carceraria, le prime hanno sempre dovuto accontentarsi di un modesto accreditamento: vuoi in quanto rimedi alle controindicazioni della detenzione breve rispetto al finalismo rieducativo; vuoi in funzione di una più pragmatica deflazione penitenziaria: nell'uno e nell'altro caso, ridotte a semplici deroghe rispetto all'ideologia carcerocentrica, il cui primato viene nella sostanza ribadito».

⁶¹ V. G. DE VERO, *op. cit.*, 12, secondo il quale «il definitivo tramonto del concetto stesso di pena detentiva "breve", come fondamento delle corrispondenti pene sostitutive, non può non esaltare l'attributo di *extrema ratio* proprio in generale della pena carceraria, agevolando così la vocazione delle une a contendere sul piano edittale spazi che l'altra non ha più ragione di pretendere di occupare in via esclusiva».

⁶² Sulle proposte avanzate dal gruppo di ricerca costituito in seno all'Associazione italiana dei professori di diritto penale, v. C. PERINI, *Le pene alternative edittali*, cit., 279 ss.

Come è stato osservato, la previsione di nuove tipologie sanzionatorie destinate a operare già sul piano della comminatoria edittale consentirebbe di fondare l'applicazione dell'alternatività carceraria non più sulla logica della discrezionalità giudiziale, bensì su di

una valutazione astratta sul rapporto tra la sanzione e il disvalore del fatto di reato, a sua volta ispirata alla convinzione che il carcere sia di per sé incongruo per la fascia di reati corrispondente alla criminalità bassa (o medio-bassa) e vada, di conseguenza, riservato alle sole ipotesi criminose di maggior gravità⁶³.

Oltre ad assicurare il maggior rispetto del principio di uguaglianza, siffatto paradigma sarebbe, altresì, in grado di rafforzare la *certezza* della risposta punitiva e, quindi, «la sua effettività-efficacia»⁶⁴: due profili di particolare rilevanza nell'attuale dibattito politico in materia.

5.2. In subordine: necessità di un intervento di razionalizzazione della disciplina delle alternative carcerarie applicabili ab origine

In alternativa all'introduzione di pene principali non detentive in grado di ridimensionare la dimensione carcero-centrica della sanzione penale, sarebbe opportuno intervenire sull'attuale assetto disciplinare inerente alle misure alternative concedibili *ab initio* e sulla distribuzione di quest'ultime fra cognizione ed esecuzione, eliminando duplica-

⁶³ A. COSTANTINI, *op. cit.*, 312.

⁶⁴ A. COSTANTINI, *op. cit.*, 313. Diversa e distinta questione è, infine, quella inerente al ruolo e allo spazio che le “pene sostitutive” potrebbero assumere all'interno di un nuovo quadro normativo, caratterizzato dalla previsione di pene edittali para-detentive. Secondo un'opinione dottrinale, in tale caso non sarebbe conveniente abrogare le pene sostitutive para-detentive, le quali «dovrebbero cioè continuare a svolgere l'attuale funzione sostitutiva in via sussidiaria rispetto alla previa assunzione della veste di pene principali» (G. DE VERO, *op. cit.*, 13); secondo l'autore citato «la complessiva costellazione punitiva acquisterebbe una solida e ragionevole conformazione in virtù della compresenza delle sanzioni paradetentive in tutte e tre le fasi del ciclo della pena, restando definitivamente escluse soltanto le misure alternative ancora oggi applicabili ai “liberi sospesi”». In tal modo, le sanzioni para-detentive assumerebbero la “doppia veste” di pene principali e di pene sostitutive in modo non dissimile dal duplice ruolo assunto attualmente dalla pena pecuniaria.

zioni e sovrapposizioni foriere, come si è visto, di inconvenienti e di esiti disfunzionali.

In un'ottica di razionalizzazione, sarebbero auspicabili l'anticipazione alla fase di cognizione di tutte le alternative carcerarie suscettibili di applicazione *ab origine* (semilibertà, detenzione domiciliare, affidamento in prova) e la contestuale soppressione delle misure alternative della semilibertà, detenzione domiciliare e affidamento in prova applicabili *ab initio*.

In tale quadro, affidamento in prova, detenzione domiciliare e semilibertà svolgerebbero, dunque, due funzioni, distinte e parallele, tra di loro coordinate: quella di pene sostitutive, alternative *ab initio* all'esecuzione delle pene detentive brevi e quella di misure applicabili in sede di esecuzione a condannati in corso di espiazione della pena detentiva in carcere.

Le misure applicabili nel corso di espiazione della pena carceraria riacquisterebbero, in tal modo, il significato di «misure del trattamento» e sarebbe possibile fare a meno del meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p.⁶⁵, evitando

il disinteresse dei condannati verso le sanzioni sostitutive para-detentive indotto dalla prospettiva di ottenere in stato di libertà quell'affidamento in prova al servizio sociale consentito dall'art. 47 co. 3-ter l. 354/1975 solo in corso di espiazione delle prime⁶⁶.

Un simile intervento, volto a implementare la funzionalità ed effettività dell'anticipazione alla fase di cognizione del baricentro della sostituzione delle pene detentive brevi si porrebbe, altresì, in linea con le impostazioni adottate nei principali ordinamenti europei⁶⁷.

Benefici, se non risolutivi, appaiono, inoltre, gli effetti che una simile revisione disciplinare potrebbe comportare rispetto al patologico fenomeno dei c.d. "libero-sospesi", destinato a venir meno per effetto del-

⁶⁵ V. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 205 ss.

⁶⁶ G. DE VERO, *op. cit.*, 7, nt. 23.

⁶⁷ Come rilevato da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 219, «in nessuno degli ordinamenti (...) indagati, infatti, abbiamo rinvenuto qualcosa di somigliante all'affidamento in prova *ab initio* in fase esecutiva».

l'immediata esecutività delle condanne a “pene sostitutive” para-detentive o sospensivo-probatorie.

6. *Chiusa*

L'evidente incertezza – dimostrata dal legislatore interno – nell'approntare un sistema razionale ed efficiente di esecuzione di pene detentive di medio-breve durata dipende, soprattutto, dalla difficoltà di bilanciare due esigenze che, allo stato attuale, appaiono inconciliabili e antitetiche: quella di prevedere sanzioni sostitutive aventi un livello di afflittività ‘adeguato’ alle aspettative collettivo-populistiche di esecuzione carceraria della pena detentiva, da un lato; quella di soddisfare ineludibili istanze di deflazione carceraria, dall'altro.

L'impressione è che il modello delle “pene sostitutive” di recente adottato rappresenti un inadeguato compromesso tra le due istanze, al quale si è pervenuti un'ottica di pragmatica strumentalità rispetto all'obbiettivo – contingente e prioritario – di assicurarsi gli ingenti finanziamenti di fonte europea.

Per le ragioni sopra evidenziate, l'estensione alla fase di cognizione di determinate misure para-detentive in funzione sostitutiva di pene carcerarie di medio-breve durata, non pare in grado di incidere più di tanto sulle attuali dinamiche sanzionatorie, sugli squilibri a esse sottesi e sul livello di sussidiarietà dell'esecuzione carceraria della pena detentiva: a pochi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 si pone, già, la necessità di un ulteriore – e più efficace – intervento legislativo.

NOVITÀ IN MATERIA DI PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

Ilaria Merenda

SOMMARIO: 1. *Il nuovo volto dell'art. 131 bis c.p.* 2. *I limiti di pena per l'applicabilità dell'istituto.* 3. *Presunzioni di non tenuità del fatto.* 4. *La rilevanza della condotta susseguente al reato.* 5. *Alcune considerazioni sistematiche.*

1. Il nuovo volto dell'art. 131 bis c.p.

L'istituto della “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto” (art. 131 *bis* c.p.), inserito nel codice penale con la riforma del 2015, ha rappresentato una importante innovazione adottata dal legislatore recente, che, muovendo dall'idea che il reato è un'entità graduabile¹, ha evidenziato la scarsa meritevolezza di pena di quei fatti (pur) tipici ma in concreto minimamente offensivi², nei confronti dei quali potesse formularsi un giudizio di esiguità quantitativa.

Una figura il cui fondamento va ricercato indubbiamente nella prospettiva di realizzare in concreto obiettivi di *ultima ratio* dell'intervento penalistico, affidando alla magistratura quel difficile tentativo di riduzione del penalmente rilevante che il legislatore moderno ha mostrato di non riuscire neanche più a promettere sotto il profilo della depenalizzazione in astratto³.

¹ Fondamentale punto di riferimento nella nostra dottrina la monografia di C.E. PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 647 ss.

² V., per tutti, le riflessioni di C. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 522.

³ In questi termini, A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio*, in M. CATENACCI, N. D'ASCOLA, R. RAMPIONI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 573; sul punto, v., anche, G. AMA-

Se quindi la reale *ratio* dell'istituto ha carattere evidentemente sostanziale (e si coglie nella necessità di garantire un'effettiva proporzione tra il disvalore del fatto e la risposta sanzionatoria)⁴, è indubbio però, come del resto emerge dalla stessa prassi applicativa, che l'art. 131 *bis* c.p. assume una valenza strategica in un'ottica deflattiva, consentendo già con l'archiviazione del procedimento di evitare la celebrazione di processi per fatti di reato che l'ordinamento non ha interesse a perseguire in ragione dell'esiguità dell'offesa.

Una materia quindi, quella della “tenuità del fatto”, che presenta un'identità complessa e che

sembra ancora alla ricerca di una stabile collocazione nel sistema, stretta tra la logica utilitaristico-economica della politica deflattiva e l'aspirazione concettuale a costituire la punta di diamante dell'idea di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento penale⁵.

Del resto, le modifiche già apportate alla disciplina nei sette anni dalla sua entrata in vigore dimostrano come si tratti di un “cantiere aperto”, di una sorta di *work in progress* in continua evoluzione.

In questo quadro si collocano le recenti innovazioni apportate dalla riforma Cartabia che hanno coinvolto la formulazione dell'art. 131 *bis* c.p. sotto tre diversi profili:

- (i) estendendo in termini generali l'ambito di applicabilità dell'istituto, attraverso una modifica del limite edittale di pena entro il quale la particolare tenuità del fatto può essere ravvisata;
- (ii) per bilanciare il predetto generalizzato ampliamento dell'ambito di operatività, escludendo la possibilità di riconoscere il carattere di particolare tenuità dell'offesa – e, pertanto, l'applicabilità dell'istituto – in relazione ai taluni specifici reati, riconducibili, da un lato, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica

RELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018.

⁴ V. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661.

⁵ In questi termini, D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 54.

- e, dall'altro lato, a ulteriori tipologie di delitti ritenuti di particolare gravità.
- (iii) attribuendo espressamente rilievo anche alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa.

2. I limiti di pena per l'applicabilità dell'istituto

La prima delle citate modifiche rappresenta indubbiamente la parte più significativa della riforma dell'art. 131 *bis* c.p. e comporta

un vistoso ribaltamento della disciplina originaria con riguardo allo sbarramento orizzontale all'applicabilità della clausola di esclusione della pena: non più individuato sul massimo edittale (*cinque anni di pena detentiva*), ma sul minimo della comminatoria di ciascun reato (*due anni di pena detentiva*)⁶.

Con la scelta di impiegare i minimi edittali anziché dei massimi il legislatore mostra di raccogliere le indicazioni già da tempo formulate in dottrina⁷, facendo proprie anche le osservazioni critiche della Corte costituzionale⁸, che aveva dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consentiva l'applicazione della causa di non punibilità ai reati per i quali non fosse previsto un minimo edittale di pena detentiva e che però superavano la soglia massima dei 5 anni – il caso concreto, come è noto, riguardava un fatto di ricettazione di particolare tenuità – ed esortando al contempo il legislatore

⁶ V., al riguardo D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., 54, che parla di «un messaggio estremamente coraggioso lanciato dalla legge delega».

⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 20; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, II, 2017, 55.

⁸ Sul punto, A. MADEO, *Ratio deflattiva nella "Riforma Cartabia"*, in *La legislazione penale*, 28 novembre 2022, 28; C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. Riforma Cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande*, in *disCrimen*, 16 gennaio 2023, 3 ss.

nell'esercizio della sua ampia discrezionalità a fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131 *bis* cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale⁹.

Allo stesso tempo, dal punto di vista sostanziale un simile intervento amplia in modo rilevante l'area dei reati potenzialmente interessati all'operatività della clausola, modificandone in parte la "morfologia"; va considerato, infatti, che il riferimento al minimo edittale porta con sé la necessità di considerare non solo la pena prevista per il delitto consumato, ma anche quella stabilita per la forma tentata, che integra un titolo autonomo di reato. Ne consegue, dovendosi operare la diminuzione di pena *ex art. 56, co. 2., c.p.* (pari a due terzi) sul minimo edittale, che l'art. 131 *bis* c.p. potrà essere applicato ai delitti tentati per i quali è comminata – nella forma consumata – una pena detentiva minima non superiore a sei anni, che rappresenta senz'altro una comminatoria piuttosto elevata dal punto di vista sistematico¹⁰.

È indubbio del resto che la scelta di impiegare i minimi si ponga senz'altro più in linea con quella che è la *ratio* dell'istituto: quando si tratta infatti di emarginare sotto-fattispecie bagatellari nell'ambito di una determinata figura di reato, è il minimo edittale della pena prevista dal legislatore a segnalare la scelta politico-criminale essenziale in ordine alla rilevanza del fatto come reato¹¹ e quindi a segnalare l'attitudine del primo a presentarsi, nelle ipotesi concrete, in forma tenue; mentre appariva sicuramente incongruo far riferimento al criterio del massimo della pena, che in nessun caso si sarebbe applicato a quella classe di fatti¹².

⁹ Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156, in *Sistema penale*, 24 novembre 2020, con nota di I. GIUGNI, *Da un monito (inascoltato) a un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore e amplia l'ambito applicativo dell'art. 131 bis c.p.*

¹⁰ D. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 55.

¹¹ *Relazione finale e proposte di emendamento al D.D.L. A.C. 2435 da parte della Commissione Lattanzi*, 68.

¹² In termini analoghi, D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia"*: *scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2022.

Del resto,

nella comminatoria edittale è il minimo che esprime la soglia di indefettabilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa, mentre al massimo si ricollega il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa¹³.

È quindi fisiologico che, trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si debba guardare non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria – e dunque al minimo della pena che sarebbe in alternativa applicabile al fatto tenue¹⁴.

3. Presunzioni di non tenuità del fatto

Quanto invece a quello che è stato definito una sorta di «bilanciamento compensativo»¹⁵ che il legislatore ha ritenuto necessario effettuare in conseguenza dell'introduzione del nuovo criterio, si trattava di individuare specifici reati, rispetto ai quali – ancorché puniti con una pena nel minimo non superiore a due anni – l'art. 131 *bis* c.p. non potesse trovare applicazione. Si legge del resto nella stessa relazione di accompagnamento alla Riforma che l'idea è quella di

bilanciare il generale ampliamento dell'ambito di applicabilità dell'istituto evitando che lo stesso attragga nella sfera della causa di non punibilità figure di reato di particolare gravità o allarme sociale, rispetto alle quali valutazioni di opportunità ancorate a evidenze criminologiche o

¹³ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 15, 20.

¹⁴ V. G. MARTIELLO, *La particolare tenuità del fatto dopo la "Riforma Cartabia"*: *prmissime note di commento al novellato art. 131 bis c.p.*, in *disCrimen*, 10 novembre 2022, 6.

¹⁵ D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., 55.

sistematiche, suggeriscono l'opportunità di ulteriori esclusioni in via di eccezione¹⁶.

Nella legge delega (art. 1, comma 21, lett. a, L. n. 134/2021) i reati "eccettuati", da un lato riguardavano quelli

riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77.

Dall'altro, ricomprendevano genericamente quelle «ipotesi in cui, ai sensi del secondo comma dell'articolo 131 *bis* c.p., l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità» che il delegato aveva il compito di individuare a suo piacimento, a patto che ciò fosse «ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica».

In attuazione della delega, l'attuale versione dell'art. 131 *bis* c.p. contiene quindi un corposo elenco di fattispecie per le quali risulta preclusa la non punibilità: affianco alle ostatività già previste nella precedente versione della norma – che riguardano determinati delitti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero specifici delitti dei privati contro la P.A. perpetrati ai danni di ufficiali o agenti di P.S. o di P.G. nell'esercizio delle loro funzioni – il terzo comma ricomprende ora una serie di ostatività di nuovo conio con le quali il legislatore ha innanzitutto tradotto in riferimenti normativi più precisi il rinvio che la legge Cartabia operava, come si è visto, ai reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul in materia di violenza di genere e domestica, precisando altresì che l'ostatività riguarda, oltre le ipotesi consumate, anche quelle tentate¹⁷.

¹⁶ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, in G.U., Serie generale, n. 245, Suppl. str., 19 ottobre 2022, 516.*

¹⁷ A una simile logica di traduzione domestica corrisponde l'inserimento dei delitti di atti persecutori, di lesioni personali, di violenza sessuale nella forma di minore gravità o in quella tentata, di tentativo di atti sessuali con minorenne, di costrizione o induzione al matrimonio, di cui all'art. 558 *bis* c.p., di mutilazioni genitali femminili dell'art. 583 *bis* c.p. nella forma tentata della fattispecie di cui al primo comma e in quella

A tali ipotesi si aggiungono quei reati che, secondo la valutazione di opportunità di cui si è detto, sono considerati di “particolare gravità” o destano “allarme sociale”. Si tratta di un elenco piuttosto consistente, rispetto al quale però il legislatore non sembra impegnarsi nella problematica individuazione delle “evidenze empirico-criminologiche” che giustifichino la necessità e l’opportunità di una loro esclusione dall’ambito di operatività dell’art. 131 *bis* c.p., in qualche modo accontentandosi per lo più della forza evocativa del loro *nomen iuris*.

Con riferimento, per esempio, ai delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. la Relazione precisa come sia stato determinante il confronto sistematico con l’art. 4 *bis* della legge sull’ordinamento penitenziario¹⁸, che, come è noto, ricomprende una serie di reati ostativi alla fruizione di benefici penitenziari, tra i quali, prima della recente modifica a opera della l. n. 199/2022, anche quelli in questione.

Si tratta però, a ben vedere, di un’indicazione che appare assolutamente fuori fuoco: a parte l’evidente disomogeneità tra il tema della fruibilità dei benefici penitenziari e quello della tenuità dell’offesa, il confronto sistematico con l’ordinamento penitenziario avrebbe dovuto portare semmai a risultati opposti. Mentre, infatti, i condannati per i delitti in questione commessi nella forma tentata possono regolarmente fruire dei benefici penitenziari e sono sottratti alle regole peculiari dell’art. 4 *bis*, l’inserimento di tali delitti tra quelli di esclusi dalla possibile applicabilità dell’art. 131 *bis* c.p. si riferisce esclusivamente alla forma tentata, se solo si considera che – con l’eccezione dell’istigazione alla corruzione – tutti gli altri reati dei pubblici ufficiali contro la pub-

consumata e attenuata dell’ipotesi prevista dal secondo comma, di interruzione non consensuale della gravidanza di cui all’art. 593 *ter* c.p. realizzato nella forma tentata e di tentativo di lesioni personali gravissime; forse meno intuitiva risulta la “traduzione” delle «Molestie sessuali» alle quali allude l’art. 40 della Convenzione di Istanbul, con il delitto di c.d. *Revenge porn* previsto dall’art. 612 *ter* c.p., ovvero la riconduzione alla medesima Convenzione dei delitti di corruzione di minorenni di cui all’art. 609 *quinqüies* c.p., di prostituzione minorile *ex art.* 600 *bis* c.p. nella forma tentata di cui al primo comma e in quella consumata del secondo comma, di adescamento di minorenni *ex art.* 609 *undecies* c.p. o dell’aborto tipizzato dall’art. 19 della l. n. 194/1978, che pure compaiono nell’elenco delle fattispecie ostativie: per queste considerazioni, G. MARTIELLO, *op. cit.*, 9.

¹⁸ *Relazione illustrativa*, cit., 517.

blica amministrazione sono puniti con un minimo di pena che si colloca ben oltre la soglia generale dei due anni di pena minima detentiva.

Né ragioni di opportunità sono facilmente rinvenibili nell'esclusione delle figure di abuso di mercato, di cui agli artt. 184 e 185, d.lgs. n. 58/1998, dall'ambito di operatività dell'art. 131 *bis*, trattandosi di reati che di certo non si caratterizzano per l'allarmante diffusività delle condotte che incriminano, né per la presenza di un qualche indicatore sistematico che le sottopone a discipline speciali.

In definitiva, al netto delle scarse spiegazioni fornite dal legislatore, quello che sembra ricavarsi è l'impressione che il delegato, nell'individuare le esclusioni dal regime di valutazione della tenuità del fatto, si sia principalmente preoccupato di mettere la disciplina normativa al riparo da possibili obiezioni di tipo politico-criminale,

ponendo al di fuori dai confini di applicabilità della clausola reati che per il *nomen iuris* che portano mal si sarebbero associati a un beneficio di impunità in una visuale propagandistico-populistica di critica alla riforma. Le "evidenze empirico-criminologiche" non discendono da studi su determinati settori di criminalità in grado di dimostrare come la dichiarazione di impunità, anche se per fatto tenue, avrebbe inciso sulla tenuta generalpreventiva del sistema; costituiscono piuttosto la materializzazione di potenziali rischi di "immagine" a cui l'intera riforma si sarebbe potuta esporre in una stagione politica che non si presenta come particolarmente favorevole alla riduzione del penale¹⁹.

Nonostante ciò, è indubbio che la sfera di applicabilità della clausola si sia notevolmente ampliata a seguito del *restyling* normativo: basti pensare, per esempio, che sarà consentito dichiarare la tenuità del fatto per le fattispecie consumate di furto aggravato *ex art.* 625 c.p., dei falsi in atti pubblici (artt. 476 e 479 c.p.), della calunnia (art. 368 c.p.), della falsa testimonianza (art. 372 c.p.), del sequestro di persona (art. 605 c.p.), assolutamente in linea con le finalità deflattive che il legislatore si proponeva di perseguire con la novella²⁰.

¹⁹ D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., 58.

²⁰ *Relazione illustrativa*, cit., 511.

4. La rilevanza della condotta susseguente al reato

Ulteriore novità introdotta dalla riforma è l'inclusione della “condotta susseguente al reato” tra i criteri che il giudice è tenuto a considerare per stabilire se il fatto risulti o meno di particolare tenuità.

Ci si trova indubbiamente di fronte a un innesto potenzialmente rilevante per l'operatività dell'istituto che si spiega, quanto meno sulla carta, con il potenziamento del sistema della “giustizia riparativa”, nell'ottica di costituire una sorta di raccordo tra i vari interventi effettuati sulla materia penale²¹.

La valutazione cui è chiamata l'autorità giudiziaria è complessa e presenta alcuni profili di ambiguità sul fronte applicativo di non facile risoluzione, nonostante le indicazioni contenute della Relazione illustrativa che dovrebbero fungere da una sorta di *vademecum* interpretativo ma che, come vedremo, rischiano di rendere più confuso il quadro complessivo.

Innanzitutto il legislatore, in piena adesione alla legge delega, ha dato rilievo, con formula generale, alla “condotta susseguente al reato”, senza specificare le tipologie di condotte riconducibili a quella formula (per es. restituzioni, risarcimento del danno, condotte riparatorie, accesso a programmi di giustizia riparativa, ecc.); e questo – si è detto –

per non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – “condotta susseguente al reato” – ben nota alla prassi giurisprudenziale, figurando tra i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133, co. 2, n. 3 c.p.²².

Ora però – e qui già cominciano i profili di ambiguità – la Relazione precisa che

si è intenzionalmente ommesso di operare un rinvio a tale disposizione codicistica perché, mentre nel contesto della disciplina sulla commisurazione della pena, la condotta susseguente è uno degli indici da cui desumere la capacità a delinquere del colpevole, nel diverso contesto della

²¹ G. MARTIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 10.

²² *Relazione illustrativa*, cit., 512.

causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì, quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla valutazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità²³.

Ciò comporterebbe che nella disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., la condotta susseguente non acquisterebbe rilievo come autonomo (autosufficiente) indice-requisito di tenuità dell'offesa, bensì come ulteriore criterio, accanto a quelli di cui all'art. 133, co. 1 c.p., da impiegare, nell'ambito di un complessivo giudizio, per valutare le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, cioè degli indici o requisiti dai quali, congiuntamente, continua a dipendere la tenuità dell'offesa.

In altri termini, le condotte *post delictum*, come quelle riparatorie o ripristinatorie, non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue –

ma potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta (contemporanea al reato), ha come necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto²⁴.

Quindi, da quello che si ricava dalla Relazione illustrativa e, del resto, dallo stesso esempio riportato nel testo – che fa riferimento all'ipotesi di chi «dopo aver cagionato delle lesioni personali dolose, si preoccupi di accompagnare la persona offesa al pronto soccorso» – sembrerebbe attribuirsi rilevanza alle sole condotte riparatorie realizzate nell'immediatezza o comunque in prossimità del fatto.

In questa prospettiva, il rischio è che, da un lato, nell'economia della decisione giudiziaria, il criterio in parola svolga una funzione per lo più confermativa di quanto già ricavabile autonomamente dagli altri indici

²³ *Relazione illustrativa*, cit., 512.

²⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 513.

di tenuità previsti dall'art. 131 *bis* c.p.²⁵, dall'altro, che proprio le condotte ricollegabili al paradigma della *Restorative Justice* non possano essere ricomprese nell'ambito applicativo della norma, richiedendo per loro stessa natura lo svolgersi di un percorso che di certo non può concludersi nell'immediatezza dell'episodio criminoso.

Meglio avrebbe fatto allora il legislatore a mostrare maggiore intraprendenza aprendo più convintamente al paradigma commisurativo e segnando un ulteriore e forse definitivo distacco dalla matrice oggettivistica dell'offesa al bene giuridico che ancora pervade la disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., così da consegnare al giudice una chiave equitativa di soluzione del processo, in cui l'apprezzamento del bisogno di pena avviene alla stregua di tutti i parametri indicati dall'art. 133 c.p.²⁶ e quindi anche di quelli che riguardano la capacità a delinquere del reo.

5. Alcune considerazioni sistematiche

Da non trascurare infine alcune ricadute rilevanti dal punto di vista sistematico che riguardano le comminatorie che includono l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. e per le quali – come ha osservato parte della dottrina – è la stessa fissazione di un qualunque minimo edittale che rischia di porsi in contrasto con esigenze di uguaglianza e proporzionalità che devono guidare la fase commisurativa. Si è detto, infatti, che

se il giudice è abilitato a infliggere zero pena, applicando i criteri dell'art. 133 e purché non vi ostino le varie condizioni oggettive e soggettive dell'art. 131 *bis*, non si comprenderebbe perché, ove non ritenga di spingere la sua valutazione equitativa sino allo zero egli non possa considerare qualunque misura della pena al di sopra di esso, senza doversi arrampicare fino al limite minimo superiore che la legge ancora eventualmente prevede²⁷.

²⁵ G. MARTIELLO, *op. ult. cit.*, 13; F. DI VIZIO, *La nuova disciplina della tenuità del fatto: tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in *disCrimen*, 3 gennaio 2023, 22.

²⁶ Così D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., 62.

²⁷ In questi termini, D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia"*, cit.

Quando, per esempio, la situazione si colloca poco al di sopra dello zero, pretendere il rispetto del limite edittale dei due anni significa inserire una sorta di sbarramento, che rischia di alimentare una discrezionalità discontinua in sede di commisurazione della pena²⁸, senz'altro in contrasto con l'uguaglianza di trattamento e la razionalità complessiva del sistema.

E allora si è osservato che «il diritto penale potenzialmente senza la pena, tracciato dalla sfera di competenza dell'art. 131 *bis* c.p., dovrebbe essere anche un diritto penale senza limiti di pena»²⁹ e quindi un diritto penale che scommetta in maniera più convinta sulle virtualità del potere discrezionale del giudice. Una prospettiva abolizionista che dovrebbe riguardare appunto tutti i minimi edittali pari o inferiori a due anni di reclusione.

Una modifica, certo, non praticabile dal delegato, sia perché eccedente i confini della delega, sia perché ostacolata da preoccupazioni politico-criminali ben vive quando ci muove in un contesto, come quello attuale, tendenzialmente ostile a riduzioni sanzionatorie che vengono viste come messaggi di lassismo penale. Vedremo se in futuro il legislatore supererà simili difficoltà e deciderà di seguire questa strada che, come evidenziato, sembrerebbe auspicabile in una prospettiva orientata a una migliore valorizzazione delle esigenze di ragionevolezza e coerenza sistematica dell'intervento penalistico.

²⁸ Parla di “discrezionalità discontinua” nel processo commisurativo, D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di F. DASSANO, S. VINCIGUERRA, Torino, 2010, 705.

²⁹ D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., 61.

UNO SGUARDO COMPLESSIVO SUI PROFILI SOSTANZIALI DELLA RIFORMA CARTABIA

Stefano Fiore

SOMMARIO: *1. Rilievi preliminari. 2. I profili sostanziali della riforma: tra ambizioni programmatiche e limitata capacità di incidere sul sistema penale. 3. Conclusioni (necessariamente provvisorie).*

1. Rilievi preliminari

Quale sia la inclinazione che la riforma Cartabia assume sul versante sostanziale sembra essere abbastanza chiaro.

Se infatti – come mi è stato chiesto di fare – si rivolge uno «sguardo complessivo» ai profili sostanziali sui quali ha inciso il d.lgs. 150/2022, è possibile rilevare con assoluta evidenza che essi si collocano proprio lungo le due direttrici alle quali, per aggregazione, è possibile ricondurre quasi tutte le singole modifiche di competenza del diritto penale sostanziale, vale a dire la non punibilità e la ricerca di nuove risposte sanzionatorie, che non a caso il titolo generale di questo incontro di studi utilizza in senso connotativo del suo oggetto.

E in effetti, al di là e prima di ogni valutazione sul merito delle scelte operate – che non è compito di questa relazione affrontare, se non nei limiti in cui ciò serve come ‘riscontro’ di considerazioni più generali – l’osservazione panoramica consente certamente di individuare nella struttura portante del d.lgs. 150/2022 scelte orientate e funzionali al perseguimento di obiettivi di differenziazione della risposta sanzionatoria e/o di minimizzazione, quando non di rinuncia in assoluto alla reazione penale o quanto meno al modello punitivo/afflittivo di reazione all’illecito.

Nessuna incertezza, dunque, su quali siano le finalità e quali le direzioni che il legislatore delegante aveva indicato sul versante sostanziale. Ed è forse anche per questo o forse *proprio* per questo che non si

riesce poi a sfuggire alla sensazione di incompiutezza che l'immagine complessiva della riforma rimanda. Si tratta di una incompiutezza, sia *interna*, riferita cioè ai contenuti della riforma, che *esterna* – se così si può dire – riferita cioè al contesto ordinamentale nel quale questo articolato intervento legislativo si inserisce.

Questa premessa non vuole tuttavia costituire il punto di partenza per un percorso a ritroso lungo la strada delle occasioni perse (in tutto o in parte); né, tanto meno, fornire l'abbrivio per procedere a una sterile annotazione nel registro del rammarico di quel che nella riforma manca, di quel che avrebbe potuto o dovuto esserci, di quello che poteva o doveva essere diverso.

La consapevolezza dell'incompiuto è tuttavia necessaria per migliorare la comprensione di quel che invece nella riforma c'è (di questo intendo occuparmi) e soprattutto serve, in un approccio di tipo complessivo, ad abbassare realisticamente il tasso delle aspettative sugli esiti attesi dall'applicazione della riforma.

E a proposito di attese, osservando la riforma dalla prospettiva appena richiamata, non si può per esempio ignorare che la più evidente incompiutezza *esterna*, dipende dall'assenza del pezzo mancante o carente in tutti gli interventi di riforma o modifica del sistema penale di questi anni. Mi riferisco, ovviamente, all'ordinamento penitenziario, eterno convitato di pietra al tavolo delle riforme attuate o anche solo progettate.

Chiaramente il rilievo critico non è rivolto alla riforma Cartabia, intesa come d.lgs. 150/2022, perché si tratta di un aspetto rimasto estraneo alla delega contenuta nella legge 27 settembre 2021, n. 134, alla quale è stata data attuazione, quindi una scelta del decisore politico.

In realtà, l'ordinamento penitenziario è stato ritoccato in più punti dal decreto legislativo, al fine di innestare il sistema organico della giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena, il che implicava, ovviamente, una serie di necessari adeguamenti normativi, per raccordare modelli altrimenti non comunicanti.

Inoltre, sia pure indirettamente, c'è da considerare anche il relevantissimo capitolo delle *pene sostitutive*, perché è chiaro che la ristrutturazione di questo settore può avere un impatto significativo sulla esecuzione penale e dunque anche sulla dimensione penitenziaria.

Ma si tratta comunque di riflessi di disciplina o (nel secondo caso) di effetti indiretti derivanti da scelte che riguardano le modifiche del sistema sanzionatorio.

Tuttavia, proprio perché la diversificazione della risposta sanzionatoria, finalizzata a un più chiaro sganciamento della risposta punitiva dal modello detentivo, rappresenta sul piano sostanziale un tratto identitario e qualificante della riforma Cartabia, mi sento di dire che il ‘contesto progettuale’ al quale questa riforma appartiene era particolarmente adatto ad accogliere, finalmente, anche un deciso e organico intervento sull’ordinamento penitenziario, a chiusura del cerchio riformatore, che invece rimane su questo versante certamente e largamente incompiuto.

Il materiale al quale attingere di certo non mancava¹, ma evidentemente il legislatore delegante ha ritenuto che la questione penitenziaria non fosse abbastanza coerente o non avesse abbastanza a che fare con gli obiettivi di efficienza perseguiti dalla riforma, evidenziando una delle tante distorsioni prospettiche che condizionano l’approccio alle questioni della esecuzione penale. Ancora una volta ci si è fermati davanti ai cancelli del carcere. E paradossalmente, proprio la implementazione di una politica di ampliamento delle alternative alla detenzione, realizzata attraverso il d.lgs. 150/2022 conferma che la condizione detentiva richiede urgenti alternative. Purtroppo, il problema resterà immutato per coloro – e sono molti – che anche dopo la riforma alle alternative non possono accedere.

È un’assenza che pesa molto, proprio in considerazione delle aree sostanziali sulle quali la riforma è intervenuta e delle direttrici lungo le quali si è svolto l’intervento. Di questo bisognerà tenere adeguatamente conto nel valutare il reale impatto e l’efficienza di certe innovazioni, se

¹ Per limitarsi agli atti direttamente rappresentativi di iniziative di riforma promosse a livello istituzionale, si rinvia alle Relazioni finali degli Stati generali della esecuzione penale, della Commissione Ruotolo (Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario), della Commissione Giostra (Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso), della Commissione Pelissero (Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell’assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie) tutte disponibili sul sito web del Ministero della Giustizia.

naturalmente misuriamo l'uno e l'altra con un metro non settoriale, ma osserviamo il funzionamento del sistema nel suo complesso.

2. I profili sostanziali della riforma: tra ambizioni programmatiche e limitata capacità di incidere sul sistema penale

Come probabilmente questo esordio lascia intendere, l'approccio qui proposto all'analisi dei profili sostanziali non sarà di tipo meramente 'ricognitivo'. D'altra parte, proprio una ricognizione preliminare sembra autorizzare il dubbio – neppure troppo provocatorio – che assumendo come punto di riferimento i profili sostanziali non sia del tutto giustificato (continuare a) parlare di questo provvedimento normativo come di una *riforma* e forse sarebbe più corretto abbassare, insieme alle aspettative (di cui sopra), anche il *rating* definitorio².

In effetti, il progetto che ha poi trovato compimento nel d.lgs. 150/2022 si è sempre (auto)accreditato il carattere di riforma: lo ha fatto nella scelta della denominazione, nelle intenzioni e anche nelle 'intonazioni' comunicative dei suoi artefici.

Il percorso progettuale ha cioè sempre rivendicato la sua volontà di produrre una riforma del sistema penale. Si tratta di un'affermazione 'programmaticamente' impegnativa, che a mio avviso trova corrispondenza abbastanza parziale negli esiti che qui ci proponiamo di analizzare, soprattutto se l'angolazione è quella del diritto penale sostanziale.

E se gli esiti corrispondono, almeno secondo me, solo molto parzialmente a quell'ambizione, ciò dipende anche dalla natura un po' asfittica degli interventi operati sul versante sostanziale, la cui ampiezza, profondità, articolazione sarebbero potute e dovute essere maggiori, con scelte magari anche più 'creative', al fine di riuscire a dialogare di più e

² Con riferimento al testo della legge delega, allora ancora in fase di discussione, F. PALAZZO, *I profili sostanziali della riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021, si domandava se si dovesse parlare di riforma "organica" o "novellistica", propendendo comunque per una lettura nel senso di un intervento tendenzialmente organico di riforma.

meglio con l'*alter ego* processuale al quale, come sappiamo, si è invece dedicata un'attenzione ben maggiore³.

Certo, sarebbe sbagliato e fuorviante valutare l'ambizione riformatrice, isolando i profili sostanziali. In particolare, per quel che riguarda i rapporti tra diritto penale sostanziale e processuale, sappiamo bene che anche scelte novellistiche molto settoriali possono reagire sull'intero sistema, su qualunque dei vari piani del sistema si collochi l'intervento modificativo. La oggettiva limitatezza delle modifiche sul versante sostanziale rispetto alla dimensione dell'intervento svolto sul piano del processo e ancor di più rispetto alla complessiva estensione dell'area interessata, di per sé non contraddice l'ambizione riformatrice.

Quel che però sembra mancare sono i 'punti di innesco' della interazione sistematica tra diritto sostanziale e processuale. Nonostante la sottolineatura, non solo da parte degli estensori della riforma⁴, della natura integrata e organica di un intervento normativo che attraversa i vari livelli del sistema, se si eccettuano alcuni necessari coordinamenti di disciplina, le interazioni tra i due livelli sistematici all'interno della riforma sono in realtà abbastanza limitate e le due dimensioni, con rare eccezioni, rimangono scarsamente comunicanti.

Ciò dipende in buona parte, dalla prevalente e prevaricante missione di semplificazione e velocizzazione affidata alle modifiche processuali, tutte orientate all'obiettivo della efficienza, misurata però con un metro essenzialmente temporale⁵. Questo obiettivo e la sua declinazione concreta hanno finito per fagocitare o comunque mettere in secondo piano

³ Per un efficace quadro di sintesi degli interventi di riforma, assai rilevanti e diffusi, sul codice di procedura penale, cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022. Vd. anche i contributi nei lavori collettanei citati *supra* alla nota 1, ai quali si rinvia, ancora una volta, a titolo meramente indicativo, rispetto a una bibliografia quanto mai ricca su temi che tuttavia si collocano fuori dalla traiettoria di questo contributo.

⁴ M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 4, 2021, 591 ss.

⁵ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 285 ss.; A. GAITO, R. LANDI, "L'altare e le (forse inevitabili) vittime". *Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in *Arch. Pen.*, 2, 2022.

tutto il resto, compresi alcuni spunti di riforma che forse potevano anche essere interessanti nella prospettiva della interazione sistematica.

Mi sembra cioè che, da un lato, le modifiche processuali offrano poche sponde al diritto sostanziale e, dall'altro, gli interventi di diritto sostanziale siano troppo circoscritti per riuscire a incidere sui modelli processuali e sul loro funzionamento.

I limiti della delega, la sua struttura 'a compartimenti' e soprattutto, come accennato, la tirannia di certi obiettivi hanno limitato la possibilità di attivare leve sostanziali e processuali, il cui utilizzo sinergico avrebbe forse consentito di sollevare la riforma all'altezza delle sue ambizioni.

Solo per fare un esempio, si pensi a quanta potenzialità riformatrice inespressa c'è nel rapporto, largamente incompiuto, tra modelli commisurativi, catalogo delle pene, struttura del rito (tutti aspetti 'toccati', sia pure in misura diversa, dal d.lgs. 150/2022), anche in relazione alle diverse tipologie dell'illecito penale. Un'altra area classica della interazione sistematica era quella della premialità, gestita però, ancora una volta, con una consapevolezza solo approssimativa e un approccio frammentario e settoriale.

Queste potenzialità sono rimaste inattive anche nelle aree dove i nessi che connettono i diversi piani del sistema erano non solo evidenti ma strutturali.

Penso in particolare all'insensato 'palleggio' disciplinare innescato dalle scelte in materia di prescrizione/improcedibilità⁶, che – appunto – invece di sfruttare le virtù sistemiche di questa angolazione naturalmen-

⁶ Anche in questo caso, pur limitandosi ai soli profili della riforma, la bibliografia è sterminata e le opinioni quanto mai varie. Per qualche utile riferimento, tra i molti, D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19 luglio 2021; ID., *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 febbraio 2020, 2; G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in www.lalegislazio.nepenale.eu, 13 settembre 2022; P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penaledp.it, 24 gennaio 2022; M. PELISSERO, *La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma, 2021, 779 ss. A proposito invece delle proposte di ulteriore riforma, G. GATTA, *Prescrizione e improcedibilità: alla Camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma*, in www.sistemapenale.it, 28 giugno 2023.

te ancipite della rinuncia alla pretesa punitiva, finiscono per sommare difetti e sovrapporre funzioni, scatenando come modesto effetto collaterale anche insensate contese scientifiche sui confini e sugli scopi⁷.

Sia consentito però aprire su questo aspetto una brevissima parentesi, che deroga all'impegno di rimanere in questa sede un osservatore tendenzialmente distante dagli oggetti che osserva all'interno di uno «sguardo complessivo».

Se proprio fossi costretto a delineare i rapporti tra (im)procedibilità e (non)punibilità, concentrandoli in una sola battuta, rovescerei il problema rispetto a come la riforma Cartabia lo ha impostato. Sono, cioè, convinto che ha senso porsi il problema della (im)procedibilità solo se ha ancora senso nel processo porsi il problema della punibilità.

Certamente la ragionevole durata del processo è un valore distinto dagli altri con i quali si trova a condividere la stessa linea temporale e lo stesso contesto di vita, però, intanto si può e si deve pretendere che il processo abbia una durata ragionevole, in quanto sia ancora ragionevole il suo svolgimento rispetto allo scopo che esso persegue. L'accertamento mediante il processo della responsabilità dell'imputato non è un esercizio logico, ma il presupposto per l'attivazione del meccanismo punitivo. Se non c'è (più) motivo di punire o comunque risulta irragionevole punire l'imputato per ragioni 'sostanziali', il processo risulta privo di o addirittura contrario alla sua principale ragion d'essere.

È questa premessa a 'reggere' l'esigenza di una durata ragionevole del processo: solo se è, innanzitutto, ragionevole che il processo si svolga in vista della (possibile e sensata) punizione dell'imputato all'esito dell'accertamento della sua responsabilità, è poi necessario che ciò avvenga in tempi ragionevoli. In difetto di questa premessa (vale a dire la persistenza del 'senso' di una futura ed eventuale punizione), a essere irragionevole, ancor prima della loro durata, è la stessa attivazione o il mantenimento dei meccanismi processuali, che, non lo si dimentichi, sono anch'essi in sé coercitivi sotto diversi aspetti.

⁷ Per alleggerire la contesa, che a volte assume toni 'rivendicativi', altre volte appare quasi finalizzata a 'buttare la palla nel campo avversario', si potrebbe evocare la figura leggendaria e popolare della Bella di Torriglia, legata alla cittadina di Torriglia, nel genovese. Secondo un'antica filastrocca, è colei che "tutti la vogliono, ma nessuno se la piglia" (in genovese: *A l'é a bella de Torriggia: tutti a vèuan e nisciùn s'a piggia*).

Nei casi concreti, la durata del processo potrebbe anche non essere di per sé irragionevolmente lunga, ma celebrarlo potrebbe risultare comunque una scelta irragionevole se sul piano sostanziale non c'è sufficiente ragione 'residua' di punire, perché per esempio la macchina processuale è stata avviata a grande distanza di tempo dal fatto.

Nel chiudere la parentesi, liquidando brutalmente un'argomentazione che dovrebbe essere ben altrimenti sviluppata, non si può tuttavia fare a meno di rilevare che il paradossale risultato della riforma è stato quello di creare un'artificiale frattura sistematica tra tempi della prescrizione e ragionevolezza dei tempi processuali, in un'area nella quale la integrazione tra piano sostanziale e processuale è, se non ontologica, quanto meno funzionalmente strutturale.

In ogni caso, tanto nelle sue singole articolazioni, quanto e forse soprattutto riguardata nel suo complesso la riforma (o quel che sia) di cui stiamo discutendo, come tutti i prodotti normativi deve essere commentata e valutata con senso di realtà.

Nessuno di noi è così ingenuo, né così ingiusto, da non comprendere che la scrittura della legge delega prima e del decreto legislativo poi hanno dovuto fare – pesantemente – i conti con le sollecitazioni (chiamiamole così) della politica. Questo vale sempre e vale a maggior ragione per ambiti 'sensibili' come la giustizia penale, eterno terreno di scontro delle tensioni e delle tenzoni politiche, come proprio la vicenda della prescrizione dimostra in maniera eloquente, tra l'altro in un quadro politico-istituzionale particolarmente confuso e composito come quello nel quale l'*iter* della riforma Cartabia si è svolto.

Ma il senso di realtà richiede anche che si parli chiaro e la verità – per rappresentare la quale prendo a prestito la condivisibile opinione di un noto giornalista sulla 'resistenza' del nostro Paese alle riforme – è che: «la sola maniera per essere riformisti, in un Paese colosso e conservatore come l'Italia, è essere radicali»⁸.

Allo stesso modo, credo si possa dire che per riformare un «sistema colosso e conservatore» come quello penale italiano bisognerebbe, appunto, agire in maniera radicale.

⁸ M. SERRA, *L'amaca di martedì 28 febbraio 2023*, in Repubblica.

D'altra parte, lo scopo di una riforma (vera) è la (ri)con-formazione del sistema, il mutamento degli assetti esistenti, lo spostamento dell'asse ordinamentale, il suo reindirizzamento funzionale verso scopi nuovi, che hanno dunque bisogno di 'forme nuove' (di *ri-forme*, appunto) per manifestarsi e operare nella realtà, utilizzando come calco il modello valoriale prescelto.

Lo spirito riformistico – questa essenziale manifestazione della vitalità di un ordinamento – è stato invece prevalentemente declinato, per troppo tempo, in un senso tendenzialmente coincidente con il più limitato obiettivo di ri-modellare qualche aspetto del sistema, spesso senza neppure il vincolo della coerenza.

Questi più limitati orizzonti sono d'altra parte inevitabili se si procede (come anche in questo caso è in buona parte avvenuto) ragionando con il metro del 'problema che si manifesta' e sul quale di volta in volta si prova a fare, non esercizio di riforma, ma al massimo e quando va bene, una mirata manutenzione straordinaria (perché quando va male ci ritroviamo con la 'spazzacorrotti').

Naturalmente se un problema si manifesta va affrontato e possibilmente risolto, ma spesso per coglierne l'origine e dunque eradicarlo e non semplicemente tamponare provvisoriamente la falla, bisogna avere uno sguardo più profondo e magari essere guidati da una *visione*.

Lo sguardo del legislatore, invece, anche in questo caso, sembra non essere rivolto abbastanza in alto per proiettarsi su di una visione: si guarda verso il basso, stando attenti al passo più che alla direzione.

Per tornare al nostro dubbio iniziale, appare allora legittimo domandarsi, non solo provocatoriamente, se le modifiche introdotte con il d.lgs. 150/2022 in particolare sul versante sostanziale possano essere lette come una 'riforma', se cioè valgono davvero o in che misura valgono a imprimere nuove direzioni al sistema penale, a modificarne l'andamento concreto (e non solo, eventualmente, la tempistica). Perché è questo quel che ci si attende da una vera 'riforma'. Altrimenti stiamo parlando d'altro: di una messa a punto, di modifiche migliorative o peggiorative, di ortopedia legislativa d'urgenza, di quel che volete ma non di una riforma.

Quel che si può dire è che il d.lgs. 150/2022 certamente introduce nell'ordinamento delle discontinuità e a volte delle divergenze rispetto

ad alcuni registri sistematici e teleologici del sistema vigente, che erano e sono sicuramente bisognosi di revisione se non di rovesciamento.

Scomponendo lo sguardo d'insieme sulle novità di diritto penale sostanziale, le discontinuità emergono invero anche con una certa evidenza.

Si pensi, per esempio, allo schietto pragmatismo (magari a tratti un po' 'cieco') adottato per la selezione dei reati ai quali è stata estesa la perseguibilità a querela. A prescindere dal giudizio che si può esprimere sulle singole scelte fatte, il metodo comunque si contrappone al diffuso disinteresse per il dato empirico che invece segna molta parte della legislazione penale.

Ci sono poi alcune aree del sistema sanzionatorio, come in particolare, ma non solo, a proposito delle pene sostitutive, dove il legislatore della riforma fa un importante investimento sulla discrezionalità giudiziale⁹. Il contrario cioè di quel che accade con il ricorrente ricorso agli automatismi punitivi e in generale agli automatismi inseriti nel percorso valutativo del giudice penale.

Rimanendo nelle stesse aree, possiamo rilevare che l'alto tasso di innovazione presente nella pur imperfetta nuova disciplina delle pene sostitutive¹⁰, enfatizza ancor di più l'anacronismo di un immutato catalogo di pene principali, che la riforma non ha toccato se non per un ritocco esecutivo (comunque rilevante) alle pene pecuniarie.

Non c'è alcun dubbio, infine, che l'inserimento del cuneo riparativo nel monolite punitivo, scardina il tetragono conservatorismo legislativo riguardo ai modelli di risposta all'illecito, intesi finora in senso puramente ed esclusivamente afflittivo, dove la questione è, al più, quella del grado dell'afflizione, mentre ora non è più soltanto così, grazie alla

⁹ A. ABBAGNANO, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in www.lalegislationepenale.eu, 27 dicembre 2022.

¹⁰ Cfr., tra gli altri, A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.lalegislationepenale.eu, 20 gennaio 2022, 1; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 21 febbraio 2022, 2; M. TELESCA, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi previste dalla c.d. 'Riforma Cartabia'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2021, 34; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in www.lalegislationepenale.eu, 21 settembre 2022, 1.

presenza di un paradigma, quello riparativo appunto, del tutto alternativo alla logica punitiva¹¹.

Le discontinuità, dunque, ci sono e in alcuni casi segnano progressi anche culturalmente apprezzabili, ma questo ancora non consente di rispondere alla nostra domanda su quale può essere l'impatto di questi interventi sul sistema e se dunque di essi si possa parlare come di una riforma.

Schematizzando e semplificando parecchio possiamo riferirci a tre ipotetici scenari di massima.

Nel primo scenario, le modifiche e le novità introdotte producono una vera e propria frattura: il sistema (o una sua parte) viene destrutturato e ricomposto sulla base di un nuovo disegno.

Oppure, secondo scenario, il legislatore introduce elementi di riequilibrio e stabilizzazione del sistema, utilizzando contrappesi strategica-

¹¹ La crescente attenzione al tema della giustizia riparativa negli anni precedenti la sua organica introduzione nel nostro ordinamento (per tutti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017), ha aperto la strada, dopo la legge delega e il d.lgs.: 150/2022 a un vivacissimo dibattito, che si rispecchia in una letteratura ormai decisamente cospicua. Tra gli altri, M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 7 febbraio 2023; D. PULITANÒ, *Riparazione e lotta per il diritto*, www.sistema.penale.it, 9 febbraio 2023; G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2 febbraio 2023; ID., *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, *ivi*, 1 giugno 2021; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150. Parte I. Disciplina organica e aspetti diritto sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 27 febbraio 2023; F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 dicembre 2022; M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2022; ID., *Le due anime dalla riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027 ss.; R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in www.sistema.penale.it, 29 novembre 2022; O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 855 ss.; L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 823 ss.; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2020.

mente collocati per mitigare eccessi, porre rimedio a incongruenze, eliminare aporie, con effetti magari non dirimpenti, ma comunque organici e chiaramente percepibili nel generale funzionamento del sistema penale.

Infine, terza possibilità, gli interventi novellistici, pur essendo magari di segno opposto rispetto ai caratteri dominanti del sistema vigente, potrebbero lasciare le cose sostanzialmente invariate, perché, applicando un elementare principio della fisica, la risultante di due forze parallele e discordi è nulla.

Non è ovviamente facile rispondere. Per farlo bisognerebbe saper misurare la 'forza' dei singoli interventi e prevedere (anzi preconizzare) il loro impatto reale e complessivo; bisognerebbe poi capire quanto il sistema giudiziario sia anche culturalmente pronto ad accogliere certe novità o quanto ci metterà a metabolizzarle. Si tratta dunque di una prospettiva quanto meno di medio periodo.

Dovendomi esprimere oggi, propendo, ragionevolmente e ottimisticamente, per lo scenario intermedio, quello cioè che vede nelle modifiche e nelle novità introdotte un intervento idoneo, nel suo insieme, a rompere l'accerchiamento che negli ultimi anni aveva costretto certe prospettive a una ritirata, in attesa di tempi e condizioni più favorevoli.

Ma non molto più di questo, come conferma la considerazione disaggregata di alcune delle novità introdotte. Per procedere alla quale occorre scendere sul suolo sostanziale della Cartabia a fare un paio di 'carotaggi', prelevando dei 'campioni' normativi.

Il primo 'saggio' riguarda gli interventi sulla procedibilità a querela. Puntare su strumenti di non punibilità in concreto o addirittura su strategie di privatizzazione del conflitto è o può essere una opzione (non intendo discuterne qui), ma il fatto che questa scelta venga praticata e in maniera invero abbastanza estesa ci dice che i margini di rinuncia all'uso del penale sono ampi e dunque fotografa una (nota) sovradimensione sulla quale però non si interviene, limitandosi a spostare il problema sulle dinamiche applicative, contraddicendo in parte gli stessi obiettivi deflativi, che vengono perseguiti restando all'interno della dimensione penale.

Siempre adelante, ma con giudizio, sembra dirci il legislatore, che infatti in altri casi si spinge appena un po' più avanti, ma non va molto oltre la soglia di una mirata e prudente sperimentazione settoriale.

Come avviene nel caso della discrezionalità commisurativa (ridisegnata con riferimento alle sole pene sostitutive) e della connessa struttura bifasica del relativo giudizio (nuovi artt. 58 l. 689/81 e 545 *bis* c.p.p.). Siamo di fronte alla prefigurazione di un nuovo e futuribile modello commisurativo? Per molti versi c'è da augurarselo (anche per la interazione, questa volta virtuosa, tra dimensione sostanziale e processuale), ma restiamo in attesa di vedere. Quella sì che sarebbe una vera riforma.

Penso anche alla scelta di non adottare una soluzione di sistema per i meccanismi estintivi delle contravvenzioni (di tutte le contravvenzioni), limitandosi a un intervento di nicchia¹² e rinunciando così a ridefinire il ruolo sistematico degli illeciti contravvenzionali, cosa che avrebbe avuto non trascurabili ripercussioni anche sul piano processuale 'reale' e dunque sulla efficienza del sistema, coerentemente con gli obiettivi dichiarati. Anche quella sarebbe (stata) una riforma.

La verità è che il solo intervento con carattere e dignità di riforma nell'area del diritto penale sostanziale è quello che riguarda la giustizia riparativa e questo è abbastanza chiaro a tutti.

Il riscontro strutturale del carattere riformatore di questa novità lo abbiamo guardando alle ramificazioni che partendo dal nucleo del programma di giustizia ripartiva – che, lo si ricordi, può riguarda qualsiasi reato – si diramano lungo tutto il sistema per raggiungere le numerose aree di disciplina potenzialmente coinvolte da questa novità. Per quel che riguarda il diritto penale sostanziale inteso nel senso più stretto (quello della parte generale del codice), le aree interessate sono: le circostanze, la querela, la sospensione della pena e la particolare tenuità

¹² G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 76 ss.; I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?*, in www.sistemapenale.it, 6 giugno 2023; C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma Cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande*, in *disCrimen*, 2023, 10 ss.

dell'offesa e poi attraverso il diritto processuale le onde di questo sasso lanciato nelle acque stagnanti del sistema raggiungono la dimensione esecutiva oppure partono da essa e risalgono lungo il sistema.

E sono appunto queste vaste e ramificate interazioni che, a uno sguardo d'insieme, rimandano l'immagine di una riforma di sistema e non di un aggiustamento di disciplina. Non una semplice correzione di rotta, ma una vigorosa virata nella navigazione.

In attesa della necessaria verifica empirica e nonostante le incertezze e i dubbi su quel che davvero avverrà, in ogni caso siamo in presenza di un intervento che dà *nuova forma* ai modelli di risposta dell'ordinamento alla commissione di fatti penalmente illeciti, perché nuovi o rinnovati sono i valori e gli scopi perseguiti. Si tratta dunque certamente di una riforma.

3. Conclusioni (necessariamente provvisorie)

In conclusione di questa disordinata panoramica, due telegrafici spunti che richiederebbero ben altro approfondimento, per introdurre i quali bisogna uscire dal testo della riforma per entrare o almeno per affacciarsi sul metodo della riforma.

Non so dire in che misura il metodo con il quale si è proceduto soddisfi i rigorosi requisiti di democrazia penale¹³, che sarebbe auspicabile caratterizzassero i modi della produzione normativa, ma in ogni caso credo possa essere valutato positivamente l'ampio coinvolgimento di competenze integrate e in generale assai qualificate nella scrittura del decreto legislativo.

Abbiamo visto d'altronde cosa accade quando la progettazione e la scrittura delle norme penali viene affidata al libero fluire della 'coscienza del momento', come le vicende relative alle norme anti *rave party* e alla gestione propagandistica del concetto di reato universale dimostrano in maniera eloquente, evidenziando i rischi che comporta il

¹³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 novembre 2018.

dilagante diletterantismo legislativo in letale combinazione con il populismo penale.

La verità è che legiferare è sempre stato un lavoro difficile e nel tempo è diventato sempre più difficile e sempre più insidioso.

Si consideri per esempio quanto avvenuto a proposito dei reati perseguibili a querela. Sono infatti note le polemiche seguite all'entrata in vigore della riforma, a causa del manifestarsi di alcuni effetti collaterali indesiderati, per contrastare i quali sono state apportate modifiche correttive/integrative del d.lgs. 150/2022, con la legge 24 maggio 2023, n. 60, recante "Norme in materia di procedibilità d'ufficio e di arresto in flagranza". Alle critiche si era invero da subito replicato¹⁴, che in realtà si trattava di problemi che esistevano già prima e non erano dunque un effetto, quanto meno non un effetto diretto della riforma e che d'altra parte un eventuale intervento correttivo realizzato con il d.lgs. 150/2022 avrebbe integrato un eccesso di delega.

Senza riaprire un fronte polemico, mi limito a dire che forse i problemi applicativi, per quanto marginali, se già presenti come sembra – e proprio per questo – potevano essere almeno segnalati. L'impressione (ma forse mi sbaglio) è che nel lavoro di scrittura delle norme non siano emersi, altrimenti probabilmente ce ne sarebbe traccia nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 150/2022, assai prodiga – a volte fin troppo – su altri aspetti, quanto meno al fine di allertare il futuro legislatore.

Nel ricordare questa vicenda e suoi esiti non c'è alcun intento critico sull'operato degli estensori del Decreto legislativo che, nei limiti della delega, hanno svolto un lavoro meritorio e di enorme complessità tecnica. La vicenda serve solo a sottolineare quanto sia complicato oggi mantenere il controllo su di un sistema divenuto oggettivamente ingovernabile e ciò perfino quando gli occhi che guardano e le mani che operano sono – come certamente in questo caso erano – competenti e consapevoli. D'altra parte, cosa accade quando competenza e consape-

¹⁴ G. GATTA, *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmismi e stravolgimenti*, in *Sist. pen.*, 1, 2023, 55 ss.; sulle successive modifiche, ID., "Arresto in attesa della querela" e procedibilità d'ufficio per i reati aggravati dal metodo mafioso e dalla finalità di terrorismo. Pubblicata la l. n. 60/2023, in www.sistemapenale.it, 5 giugno 2023.

volezza mancano è facilmente riscontrabile nella legislazione penale recente e meno recente.

Il legislatore di oggi deve infatti avere uno sguardo allenato a cogliere la complessità dei livelli molteplici sui quali si articola – non di rado confusamente – il sistema e deve essere particolarmente attento alla realtà, soprattutto quella che prende forma nelle aule di giustizia dove le ‘singole parti’ non esistono, ma esistono solo gli effetti reali di un sistema che funziona o non funziona nel suo complesso.

Di tutt’altro genere è il secondo e conclusivo rilievo, che trae spunto dalla introduzione nell’art. 131 *bis* c.p. del riferimento alla condotta susseguente al reato¹⁵.

Con riguardo a questa novità, la relazione di accompagnamento fornisce infatti una sorta di dettagliata e – mi permetto di dire – in parte discutibile interpretazione autentica su quale debba essere il ruolo e il significato della condotta susseguente al reato nella economia applicativa dell’art. 131 *bis* c.p. E lo fa, a mio avviso, con eccessiva perentorietà, con lo scopo esplicito di orientare la futura applicazione in una direzione interpretativa che finisce per neutralizzare il possibile contributo di questa novità, assegnandogli una funzione esclusivamente ‘confirmativa’ di un giudizio fondato sugli altri indici.

Sulla base della esperienza applicativa di questi anni, la mia previsione è che la giurisprudenza continuerà a utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione, comprese quindi le condotte *post factum*, per ampliare il più possibile l’area applicativa di una causa di non punibilità che si è rivelata un efficace strumento di regolazione del reale e che invece la riforma, in controtendenza con sé stessa, preclude per un maggior numero di reati.

Questa notazione conduce verso un accorato invito finale.

¹⁵ D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l’abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it, 13 gennaio 2022; S. RICCARDI, *La nuova disciplina dell’art. 131 bis nel quadro della riforma Cartabia*, in www.lalegislazionepena.le.eu, 2 marzo 2023; G. MARTIELLO, *La «particolare tenuità del fatto» dopo l’attuazione della “riforma Cartabia”: primissime note di commento al novellato art. 131-bis c.p.*, in *disCrimen*, 10 novembre 2022, 10 ss.; F. DI VIZIO, *La nuova disciplina della particolare tenuità del fatto: tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in *disCrimen*, 3 gennaio 2023.

Una ulteriore e fondamentale funzione delle riforme è quella di rimettere in movimento il sistema, per la naturale attitudine della novità legislative, quando non ci si limita a operazioni di *maquillage*, di smuovere acque stagnanti dell'ordinamento e aprire nuove prospettive, anche ulteriori rispetto a quelle direttamente collegate alle modifiche introdotte.

Ora che il cantiere della c.d. riforma Cartabia è passato dalla laboriosa fase del progetto a quello della esecuzione, non bisogna rinunciare alla possibilità di guidare le novità verso esiti che non sono del tutto scontati. Bisognerà dunque accompagnare il lavoro della giurisprudenza, dialogare con i suoi provvedimenti, guardare in maniera aperta e non burocratica agli esiti del monitoraggio applicativo. In particolare, nelle delicatissime prime fasi della sua applicazione, si possono infatti imprimere direzioni interpretative virtuose o almeno evitare le 'pieghe' che invece possono progressivamente inclinare l'applicazione verso esiti divergenti dalle intenzioni del legislatore o comunque deludenti anche rispetto ad aspettative ridimensionate.

Chi ha la capacità e l'autorevolezza per farlo, se vorrà, può dare un essenziale contributo a questo lavoro collettivo, grazie al quale potrebbe essere magari possibile dare densità in sede applicativa a uno spirito riformista che alcune timidezze legislative hanno diluito.

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLE MODIFICHE DEL REGIME DI PROCEDIBILITÀ DEI REATI APPORTATE DALLA RIFORMA CARTABIA E I CORRETTIVI DELLA LEGGE 60/2023

Ilaria Marchi

SOMMARIO: *1. Le direttrici della riforma in tema di procedibilità dei reati. 1.1. La privatizzazione dell'azione penale. 1.2. La tutela della vittime fragili. 1.3. La riparazione dell'offesa e gli incentivi all'accesso alla giustizia riparativa. 2. Brevi considerazioni in materia di selezione dei reati oggetto di modifica in punto procedibilità. 2.1. Le modifiche ai reati di lesioni personali dolose e di furto e i loro effetti di sistema. 3. Le modifiche introdotte da ultimo con la Legge 60/2023. 4. Conclusioni e rilievi critici rispetto alle scelte assunte dal legislatore nell'ambito della riforma della giustizia penale.*

1. Le direttrici della riforma in tema di procedibilità dei reati

La c.d. riforma Cartabia attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ha senza dubbio inciso profondamente sul volto della giustizia penale sostanziale e processuale, introducendo delle modifiche tese in via prioritaria all'efficientamento del sistema giudiziario, attraverso un alleggerimento del carico di lavoro gravante sugli Uffici¹.

¹ Il presente lavoro è un prodotto sviluppato nell'ambito del progetto UNI4JUSTICE: Università per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo, monitorato dal Ministero della Giustizia, promosso dall'Agenzia per la Coesione Territoriale, nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia. Le opinioni espresse dall'autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa.

F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. Pen.*, 08.09.2021, 3, il quale sottolinea «che la riforma non ha l'unico obiettivo dell'“efficientamento” del sistema ma segna anche un passo in avanti nel senso della sua moderniz-

Uno tra gli strumenti di intervento più significativi è senza dubbio rappresentato dall'estensione del regime di procedibilità a querela di reati ritenuti non particolarmente gravi, rispetto ai quali il numero di procedimenti pendenti aveva e ha una cifra statistica particolarmente rilevante², rappresentando per ciò stesso un ostacolo rispetto agli obiettivi di riduzione dell'arretrato e all'abbattimento dei tempi del processo (25% della durata media entro il 2026), così come fissati dal PNRR.

Il legislatore delegante, infatti, in adesione ai propositi fissati in sede eurounitaria, ha preferito rinunciare allo strumento della depenalizzazione e percorrere invece la strada della mitigazione della risposta sanzionatoria, attraverso l'introduzione di incentivi volti alla definizione anticipata del procedimento penale³, garantendo in ogni caso l'interesse della persona offesa – reale arbitro e *dominus* dell'azione penale – a ottenere ristoro dei pregiudizi economici sofferti a causa della condotta illecita perpetrata a suo danno. A tal fine, dunque, le modifiche alla procedibilità sono state usate in chiave selettiva⁴ – impiego non nuovo al sistema penale – rispetto a fattispecie incriminatrici di contenuto allar-

zazione»; M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 591 ss.

² Secondo i dati del Ministero della Giustizia, aggiornati alla fine del 2021, i procedimenti pendenti avanti ai Tribunali erano 1.139.491, avanti alle Corti d'Appello erano 262.761, avanti alla Corte di Cassazione ben 23.736. Tali dati sono riportati nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *G.U. Serie Generale*, 19 ottobre 2022, n. 245, supplemento straordinario n. 5, 487.

³ Cfr. sul punto A. MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "Riforma Cartabia"*, in *La Legislazione penale*, 28.11.2022, 4.

⁴ In riferimento alla querela-selezione cfr. C. PAONESSA, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla Riforma Cartabia: una prima lettura*, in *Discrimen*, 21.11.2022. Vedi anche F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 473 ss. Per un approfondimento sul tema vedi ID., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 57 ss. Sull'impiego della querela come forma di depenalizzazione di fatto, cfr. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 203 ss.

me sociale e che, in relazione al bene giuridico tutelato e al grado dell'offesa, si prestano in astratto a essere sottoposte a meccanismi riparatori e risarcitori finalizzati alla declaratoria di estinzione.

Le scelte effettuate emergono chiaramente dal dettato dell'art. 1, comma 15 della Legge 134/2021, che tratteggiano i confini entro cui si sarebbe dovuto attenere il Governo nella predisposizione dell'articolato della riforma e, parimenti, permettono al giurista di enucleare alcune chiare direttrici che fondano la *ratio* dell'intervento in *subiecta materia* e che possono essere così riassunte: privatizzazione dell'azione penale; tutela della c.d. vittime fragili; riparazione dell'offesa e incentivi all'accesso alla giustizia riparativa.

1.1. La privatizzazione dell'azione penale

Salvo per quanto concerne il reato di lesioni stradali gravi e gravissime di cui all'art. 590-*bis*, co. 1, c.p., rispetto al quale vi è stata indicazione nominativa da parte del legislatore alla lettera a) dell'art. 1, co. 15 della legge delega, le scelte in punto di modifica della procedibilità per i reati contro la persona e contro il patrimonio hanno lasciato ampio spazio di discrezionalità agli autori della riforma⁵, che si sono trovati a dover rispettare unicamente i seguenti due criteri per l'individuazione delle fattispecie interessate dalla sopra menzionata modifica: 1) grado di offensività in astratto, potendosi trattare solo di reati puniti con il minimo edittale non superiore ai due anni, senza tenere conto della presenza di eventuali circostanze (stesso limite fissato per l'applicabilità dell'istituto della particolare tenuità del fatto e che segna una apprezzabile scelta di coerenza del sistema); 2) bene giuridico tutelato, che torna finalmente ad assumere il ruolo di criterio selettivo⁶ e che impone il mantenimento della procedibilità d'ufficio solo in caso di reati posti a tutela di beni di rilevanza pubblicistica, superindividuale o comunque a titolarità diffusa, nonché in ipotesi di "vittime fragili".

⁵ In senso critico G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 1, 2023, 64.

⁶ Per la teoria costituzionale del bene giuridico vedi ampiamente F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 1 ss.

Sebbene provvedimenti di questo tipo non siano estranei al nostro ordinamento, basti solo pensare alle modifiche apportate in materia con la legge 103/2017 (c.d. Riforma Orlando)⁷, è importante dare atto al legislatore di avere reso le contestuali modifiche al codice di rito, in punto di obblighi informativi alla persona offesa, il reale punto di forza del nuovo intervento normativo.

Quest'ultima viene di fatto responsabilizzata rispetto al procedimento prima e al processo poi, attraverso l'introduzione di obblighi di diligenza che si fondano su specifici oneri di comunicazione in capo alla parte pubblica, che trasfondono nell'ordinamento le previsioni della c.d. direttiva vittime del 2012⁸, avvicinandosi peraltro a quelli prescritti a favore dell'imputato, per garantirne la conoscenza del processo.

Il riferimento va in prima battuta all'integrazione della lettera dell'art. 90-*bis* c.p.p. in materia di elezione di domicilio – anche informatico, purché certificato – per agevolare le successive notificazioni (dalla lett. a-*bis* alla lett. a-*quinquies*, da leggersi in combinato disposto con l'art. 153-*bis* c.p.p.), nonché alla possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa, con lo specifico avvertimento per cui l'esito positivo del menzionato percorso verrà interpretato quale remissione tacita di querela (lettere p-*bis* e p-*ter*).

Tale ultima previsione non è altro che la traduzione normativa di un indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite Pastore⁹, secondo cui può ritenersi integrata una remissione tacita di querela in caso di mancata comparizione del querelante all'udienza dibattimentale, purché «previamente ed espressamente avvertito dal giudice che l'eventuale sua assenza verrà interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela».

⁷ Per un quadro generale vedi C. PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, in *La Legislazione penale*, 6 marzo 2019.

⁸ Per una analisi della direttiva vedi M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3-4, 2012, 86 ss.

⁹ Cass., SSUU, 23.06.2016, n. 31668, in *Riv. pen.*, 2017, fasc. 5, 464, con nota di C. MORSELLI, *Remissione tacita di querela e mancata comparizione del querelante: considerazioni su Cass. pen., Sez. Un. 21 luglio 2016, n. 31668*.

Le disposizioni interessate in tal senso dalla riforma sono quelle dell'art. 142 lett. d-*bis* disp. att. c.p.p., relativo ai contenuti informativi dell'atto di citazione a testimone, nonché quella dell'art. 152 c.p. nell'ultimo inciso del co. 2 e nel co. 3 che, al numero 1), richiama proprio l'ipotesi per cui la mancata comparizione, senza giustificato motivo, del querelante citato come testimone è da intendersi come remissione tacita della querela.

La scelta di indicare espressamente gli effetti della mancata partecipazione al procedimento da parte della persona offesa, interpretata quale fatto incompatibile con la volontà di punizione del reo, è strumento indispensabile per giustificare e legittimare gli effetti estintivi connessi.

A parere di chi scrive, si è forse persa un'ulteriore occasione per rafforzare l'obiettivo di deflazione del contenzioso, nella parte in cui, per i reati a citazione diretta, si prevede l'obbligo di conciliazione del Giudice in udienza predibattimentale¹⁰, specificando che lo stesso dovrà essere assolto solo se la persona offesa compare (art. 554-*bis* co. 4 c.p.p.).

Sarebbe stato forse più opportuno, in conformità alla *ratio* deflativa che innerva la riforma, stabilire un vero e proprio obbligo di partecipazione alla prima udienza da parte del querelante, al fine di saggiare già in quel momento l'interesse dello stesso al procedimento, con l'effetto di dover interpretare (anche in questo caso) la mancata comparizione senza giustificato motivo come una remissione tacita di querela. Ciò in ragione del fatto che tale nuova udienza è stata congegnata quale sede elettiva per la scelta dei riti speciali, tra i quali può porre delle criticità in particolare il patteggiamento, poiché si rischia che la sentenza ex art. 444 c.p.p. venga pronunciata proprio in assenza di verifica in concreto della persistente volontà di procedere da parte della persona offesa.

¹⁰ Sulla nuova udienza predibattimentale cfr. F. D'ALESSIO, *L'udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio*, in G. SPANGHER (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 526 ss.; E.M. MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in D. CASTRINUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *La riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 829 ss.; di recente anche M. DANIELE, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sist. Pen.*, 16.01.2023.

1.2. La tutela delle vittime fragili

Nel micro-sistema in tema di modifica della procedibilità introdotto dalla Riforma si fornisce una tutela rafforzata alle c.d. vittime fragili, ossia agli incapaci per età o per infermità, rispetto ai quali permane la procedibilità d'ufficio per i reati commessi a loro danno, al fine di evitare che siffatte fragilità possano condurli a esercitare o non esercitare il diritto di querela sulla base di scelte non pienamente consapevoli¹¹.

Tale precisazione, riportata espressamente nel testo di ogni fattispecie toccata dalla Riforma, ha come effetto quello di estendere l'ambito di tutela già offerto dalle previsioni degli artt. 120 e 121 c.p., da leggersi in combinato disposto con l'art. 90-*quater* del codice di rito, che pure menziona nel proprio *incipit* la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa, riconducendola – oltre che alle circostanze e alle modalità in cui è commesso il reato – anche all'età e allo stato di incapacità.

Specialmente tale ultima condizione si ritiene debba essere interpretata in concreto e divenire quindi oggetto di specifico accertamento in sede processuale, al fine di riconoscere la tutela rafforzata collegata alla procedibilità d'ufficio non in presenza di una mera incapacità preesistente al fatto, ma unicamente in caso di verifica della sussistenza di un decadimento cognitivo o di una incompiutezza del processo di maturità, idonei a incidere in modo sostanziale sulla capacità di autodeterminazione della persona offesa¹². Siffatta ricostruzione porta a individuare dei parametri interpretativi utili, attraverso il richiamo sia alla giurisprudenza formatasi in relazione all'aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 c.p., sia alle elaborazioni svolte in tema di circonvenzione di incapace.

¹¹ Vedi A. NATALINI, *Ampliato il catalogo dei reati perseguibili a querela di parte*, in *Guida dir.*, 2022, 63.

¹² Per alcune considerazioni vedi O. ARTALE, L. BIN, *Gli interventi di procedibilità a querela*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 169-171. Vedi anche D. BIANCHI, *Persona offesa incapace per età o per infermità e nuove ipotesi di procedibilità a querela. Una prima decisione in senso "sostantivo" e "restrittivo"*, in *Sist. Pen.*, 18.05.2023. Per un rilievo critico cfr. G. DODARO, *op. cit.*, 68-69.

Unico inciso che pare essere opportuno in questa sede riguarda la categoria degli “incapaci per età”, nel novero della quale va certamente considerato il soggetto minore, rispetto al quale le valutazioni sulla procedibilità andranno fatte caso per caso, salvo che non si tratti di persona di età inferiore ai 14 anni, soglia limite a partire dalla quale l’ordinamento riconosce un autonomo diritto di querela, poiché in tal caso la procedibilità dovrà essere intesa senz’altro d’ufficio.

1.3. La riparazione dell’offesa e gli incentivi all’accesso alla giustizia riparativa

Come già precisato, l’intento del legislatore con la novella è quello di introdurre all’interno del sistema giudiziario una serie di meccanismi, con effetto premiale per l’imputato o l’indagato, finalizzati alla definizione anticipata del procedimento, senza però tralasciare le istanze risarcitorie e riparatorie di cui sono portatrici le persone offese.

A tal fine, vengono incentivate forme alternative di definizione del procedimento in relazione a fatti di reato caratterizzati da una conflittualità interpersonale (come accade per i reati contro la persona e contro il patrimonio), che ben si prestano quindi a una ricomposizione sul piano relazionale e alla riparazione economica o morale dell’offesa.

Da un lato, proprio attraverso l’ampliamento del novero dei reati procedibili a querela, il legislatore non solo ha cercato di incentivare gli accordi di remissione *in itinere* della querela, ma ha anche e soprattutto condotto al rafforzamento dell’istituto dell’estinzione del reato per condotte riparatorie previsto dall’art. 162-ter c.p. che, dal momento della sua entrata in vigore, non sembra avere goduto di particolare fortuna nella prassi applicativa¹³. Siffatta disposizione, di fatto, permette di addivenire a una pronuncia di estinzione che non dipende in via esclusiva dalla persona offesa – come accade in ipotesi di remissione della querela – poiché la valutazione di congruità rispetto alla condotta risarcitoria/restitutoria e alla eliminazione delle conseguenze dannose o peri-

¹³ Per alcuni spunti vedi C. PERINI, *Primi ripensamenti del legislatore sull’art. 162-ter c.p.: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in *La Legislazione penale*, 8 gennaio 2018; C. GRANDI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *La Legislazione penale*, 13.11.2017, 12 ss.

colose del reato è rimessa al Giudice, che decide senza alcun vincolo rispetto alle deduzioni delle parti e della stessa vittima del reato.

Parallelamente la riforma si è preoccupata di offrire una disciplina organica della giustizia riparativa, destinata a porre in primo piano gli interessi privatistici del querelante rispetto all'interesse pubblico alla persecuzione del reato e alla punizione del reo¹⁴. L'accordo di mediazione (che questa volta dipende esclusivamente dalla volontà della persona offesa) – definito “esito riparativo” – e la sua corretta esecuzione, infatti, sono attualmente intesi quali fatti extraprocessuali idonei a provocare l'estinzione dell'illecito penale, attraverso l'istituto della remissione tacita della querela. Da qui la modifica apportata all'art. 152 c.p. e il correlativo avvertimento al querelante previsto dal novellato art. 90-*bis* c.p.p.: la volontà di ricomporre il conflitto determina quindi la rinuncia da parte dell'ordinamento alla punizione del *reo*, con importanti effetti di deflazione del carico processuale.

Proprio in relazione a tali modalità di definizione anticipata del procedimento, si segnala la felice scelta del legislatore, in materia di reati contro il patrimonio, di superare la scelta della riforma Orlando di mantenere la procedibilità d'ufficio in caso di danno patrimoniale di rilevante gravità, nonché quella di interpolare il testo dell'art. 649-*bis* c.p. che finalmente esclude la recidiva dalle circostanze aggravanti a effetto speciale, tanto che a oggi la sussistenza di quest'ultima non avrà alcun effetto rispetto alla necessità di querela per i reati attinti dalla modifica. Da ciò segue che la riparazione dell'offesa a fini estintivi può intervenire indipendentemente dal valore del bene sottratto o danneggiato, nonché dalla presenza di precedenti penali, anche specifici.

¹⁴ Per un approfondimento vedi E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il diritto penale*, 233 ss.; L. PARLATO, *La giustizia riparativa: nuovi e molteplici incroci con la giustizia penale*, 269 ss., entrambi in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*

2. Brevi considerazioni in materia di selezione dei reati oggetto di modifica in punto procedibilità

La legge delega n. 134/2021 all'art. 1 co. 15 ha fissato dei criteri selettivi chiari ai fini della individuazione dei reati destinati a mutare il proprio regime di procedibilità.

In particolare, la lettera a) utilizza un criterio nominalistico, andando a prevedere espressamente la procedibilità a querela per il reato di lesioni stradali – di cui al primo comma dell'art. 590-*bis* c.p. (e di conseguenza anche nell'ipotesi attenuata del comma 7) – e mantenendo il precedente regime per tutte le ipotesi aggravate previste unicamente dai commi successivi, come chiaramente emerge dalla lettera del nuovo ultimo comma. Da ciò segue che sarà oggi necessario sporgere querela anche in caso di lesioni stradali gravi o gravissime commesse dal conducente che successivamente si dà alla fuga, pur in presenza dell'aumento di pena previsto dall'art. 590-*ter* c.p.

Così operando il legislatore non ha fatto altro che accogliere e tradurre in legge un monito che già la Corte costituzionale aveva lanciato in *subiecta materia* con la sentenza 248/2020¹⁵ rispetto all'ipotesi base del primo comma. La Consulta sul punto aveva infatti osservato che

a fronte di condotte consistenti in occasionali disattenzioni, pur se produttive di danni significativi a terzi, potrebbe discutersi dell'opportunità dell'indefettibile celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa, specie laddove a quest'ultima sia stato assicurato l'integrale risarcimento del danno subito

tanto da rendere la stessa celebrazione del processo del tutto disfunzionale alle istanze di tutela di quest'ultima.

Al contrario la lettera b) del primo comma dell'art. 15 sopra menzionato lascia maggiore spazio di discrezionalità al legislatore delegato per i reati posti a tutela dell'integrità fisica e del patrimonio, in relazione ai quali l'unico aggancio oggettivo è il disvalore in astratto fissato nel minimo edittale, non superiore a due anni di reclusione.

¹⁵ Corte cost., 25.11.2020, n. 248, in *Cass. Pen.*, 2021, fasc. 2, 549 ss.

2.1. *Le modifiche ai reati di lesioni personali dolose e di furto e i loro effetti di sistema*

Tra le varie fattispecie che oggi richiedono la querela quale condizione di procedibilità¹⁶, quelle che hanno posto maggiori criticità sono senz'altro il reato di lesioni personali dolose e il reato di furto, in relazione in particolare alle aggravanti speciali di cui all'art. 625 c.p.

In materia di lesioni personali, la modifica del regime di procedibilità ha portato con sé anche la modifica della competenza per materia, considerato che l'art. 4 del d.lgs. 274/2000 affida al micro-sistema del Giudice di Pace il reato di cui all'art. 582 c.p., "limitatamente alle fattispecie procedibili a querela, a esclusione però dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, co 2, ovvero contro il convivente". Proprio tale ultimo inciso ha destato non poche perplessità alla luce di una palese assenza di coordinamento rispetto alle modifiche da ultimo apportate all'art. 582 co 2 c.p., che oggi al primo periodo dispone:

si procede tuttavia d'ufficio se ricorre taluna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 61 numero 11-*octies*, 583 e 585, a eccezione di quelle indicate nel primo comma numero 1) e nel secondo comma dell'art. 577.

Dal dettato normativo appena riportato emerge infatti, senza dubbio, la volontà di riportare le lesioni commesse in ambito familiare nel novero dei reati che necessitano un impulso di parte ai fini della procedibilità.

Nonostante ciò, la Corte di Cassazione, in un suo recentissimo arresto, ha statuito che tutte le ipotesi di lesioni dolose procedibili a querela, salve le eccezioni espressamente indicate nel comma 2 dell'art. 582 c.p., debbano essere ritenute di competenza del Giudice di Pace, con tutte le connesse conseguenze – maggiormente favorevoli – sul piano

¹⁶ Per un quadro completo cfr. la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150, cit., 484 ss.; vedi anche O.C. ARTALE, L. BIN, *op. cit.*, 166 ss.; vedi anche G.L. GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l.n. 199/2022*, in *Sist. pen.*, 2 gennaio 2023.

sanzionatorio¹⁷: tale argomentazione riposa unicamente sulla *ratio* deflativa e di ampliamento delle competenze penali del Giudice di Pace di cui è portatrice la riforma.

A dispetto di quanto affermato, a parere di chi scrive, sembra davvero poco plausibile e soprattutto poco corretto sul piano dogmatico ritenere di poter superare il chiaro dettato dell'art. 4 sopra menzionato, attraverso una semplice operazione esegetica, basata su mere esigenze di raccordo e coordinamento con la *ratio* della novella.

Il principio di diritto affermato dai Giudici di legittimità, attraverso l'appena illustrata operazione analogica (certamente con effetti *in bonam partem*), infatti, merita di essere letto in termini restrittivi poiché, a ben vedere, risulta essere riferito al solo mancato richiamo al comma 2 dell'art. 582 c.p. e non invece al suo integrale disposto. Tale presa di posizione, di fatto, non risolve, poiché non lo affronta in modo specifico, il problema dell'esclusione espressa delle lesioni aggravate ex art. 577 co. 2 c.p. (ossia quelle commesse in ambito familiare) operato dall'art. 4 del d.lgs. 274/2000. Peraltro, l'interpretazione cauta degli approdi di tale pronuncia sembra essere suffragata anche dalla posizione che era stata assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza 236/2018, con cui veniva dichiarata la parziale illegittimità della disposizione da ultimo menzionata nella parte in cui non esclude dalla competenza del Giudice di Pace i delitti consumati o tentati di lesioni personali a danno dei soggetti elencati nell'art. 577 co. 1 n. 1)¹⁸.

¹⁷ Cass., sez. V, 10.01.2023, n. 12517, in *Cass. Pen.*, fasc. 7/8, 2023, 2481 ss., che statuisce il seguente principio: «l'evidente difetto di coordinamento del d.lgs. n. 274/2000, art. 4, comma 1, lett. a) con il novellato art. 582 c.p. trova ragionevole composizione sistematica attraverso la voluntas legis, attributiva della competenza penale al giudice di pace, palesata nella legge delega n. 468/99, art. 15 – secondo cui al giudice di pace è devoluta la competenza per il delitto di cui all'art. 582 c.p. di lesione personale punibile a querela della persona offesa – in uno all'intento della cd. riforma Cartabia, espresso nella relazione illustrativa, di determinare “un ampliamento della competenza del giudice di pace in virtù della disciplina del d.lgvo n. 274/2000, art. 4, comma 1, lett. a) che attribuisce allo stesso la competenza per le lesioni personali perseguibili a querela di parte”, al di là del riferimento testuale esclusivamente al comma 2 dell'art. 582 c.p.».

¹⁸ Corte cost., 14.12.2018, n. 236, in *Cass. Pen.*, 2019, fasc. 3, 1081 ss. Per un rilievo critico cfr. I. SCORDAMAGLIA, *La querela nel rinnovato sistema della giustizia penale*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2023, 6-7.

Proprio per le ragioni qui brevemente esposte, anche oggi le lesioni commesse a danno di familiari e conviventi dovrebbero più correttamente essere mantenute nella sfera di competenza per materia del Tribunale.

L'ampliamento della procedibilità a querela del reato di furto, rispetto soprattutto alle ipotesi aggravate di cui all'art. 625 c.p., salvo alcune eccezioni, è stata la modifica che ha maggiormente destato reazioni nell'opinione pubblica, poiché interpretata come un segnale di debolezza del sistema giudiziario, rispetto a reati nella prassi particolarmente diffusi¹⁹ e odiosi per le vittime.

Tuttavia, proprio il sensibile dato statistico collegato alle denunce ha spinto il legislatore delegato, al fine di decongestionare il sistema giudiziario e offrire occasioni di definizione anticipata del procedimento a mezzo remissione di querela o estinzione *ex art. 162-ter c.p.*, a mantenere la procedibilità d'ufficio solo in relazione alle aggravanti che giustificano una tutela rafforzata in relazione alla dimensione pubblicistica dell'oggetto materiale della condotta: si tratta in particolare delle cose esistenti in uffici pubblici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento o destinate a servizio pubblico o a pubblica utilità, difesa o reverenza, elencate dal comma 7 dell'art. 625 c.p., escluse però quelle esposte alla pubblica fede, nonché su componenti metalliche o altro materiale sottratto a infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica, espressamente menzionate nel successivo comma 7-*bis*.

In relazione proprio all'espressa esclusione dell'esposizione alla pubblica fede quale circostanza idonea a mantenere la procedibilità d'ufficio del reato, pare interessante segnalare un palese difetto di coordinamento di tale scelta di politica criminale rispetto alle modifiche apportate al reato di danneggiamento che, a seguito della riforma, risulta procedibile a querela unicamente nella sua ipotesi base, di cui al com-

¹⁹ Secondo i dati ISTAT riportati nella Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 tra il 2016 e il 2020 sono stati avviati 5.598.356 procedimenti penali per furto, nella maggior parte dei casi procedibili d'ufficio, con uno sproporzionato carico sugli Uffici giudiziari, tenuto conto che siffatti illeciti possono essere ricomposti attraverso condotte risarcitorie o riparatorie dell'offesa penale.

ma 1 dell'art. 635 c.p., mantenendo al contrario la procedibilità d'ufficio per tutti gli altri casi elencati nei commi 2 e 3 e in particolare, per quanto qui rileva, in caso di condotta che ricada su beni esposti a pubblica fede, alla luce del richiamo *per relationem* alla lettera dell'art. 625 n. 7 c.p., proposto dal comma 2 n. 1) dello stesso art. 635 c.p.

Tale difetto di coordinamento e coerenza rispetto alle scelte di politica-criminale assunte dal legislatore delegante è stato evidenziato dal tribunale di Lecce che, con ordinanza del 21 marzo 2023, ha per primo sollevato questione di costituzionalità per la violazione dei parametri di cui agli artt. 3 Cost. (vista l'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla ben più grave fattispecie di furto) e appunto 76 Cost. (per eccesso di delega)²⁰.

3. Le modifiche introdotte da ultimo con la Legge 60/2023

La legge 60/2023, in vigore a partire dal 16 giugno 2023, recante “Norme in materia di procedibilità d'ufficio e di arresto in flagranza”, è la prima legge approvata in questa legislatura su proposta del Ministro della Giustizia Nordio²¹. Tale atto normativo fa seguito e tenta di rispondere agli allarmismi collegati alle modifiche della procedibilità di alcuni reati, in particolare quelli contro il patrimonio, attuate dalla riforma Cartabia, la cui *ratio* di fondo rimane comunque inalterata, così come emerge dalla stessa relazione di accompagnamento al “disegno di legge Nordio”²², ove viene confermata la bontà della scelta del legislatore di intervenire sulla procedibilità dei reati, quale strumento indispensabile per la deflazione processuale e per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal PNRR.

²⁰ Tribunale di Lecce, sez. II penale, Ordinanza 21 marzo 2023, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023.

²¹ Vedi G.L. GATTA, “Arresto in attesa della querela” e procedibilità d'ufficio per i reati aggravati dal metodo mafioso e dalla finalità di terrorismo. Pubblicata la L. n. 60/2023, in *Sist. Pen.*, 05.06.2023.

²² Disegno di Legge A.C. n. 831. Per un commento cfr. G.L. GATTA, *Procedibilità a querela e arresto in flagranza: considerazioni sul disegno di legge Nordio*, in *Sist. Pen.*, 22.02.2023.

La legge 60/2023 interviene seguendo due direttive:

1) Ritorno alla procedibilità d'ufficio per alcuni reati commessi con modalità che destano in ogni caso allarme sociale, ossia nell'ipotesi in cui sussistano le aggravanti del metodo mafioso (416-*bis*1 c.p.) e della finalità di terrorismo (270-*bis*1 c.p.). Tale scelta appare del tutto condivisibile se solo si pensa che la stessa forza di intimidazione derivante dal vincolo mafioso e le condizioni di assoggettamento e omertà che ne seguono, si pongono in netta controtendenza rispetto alla garanzia della libertà di scelta del privato in merito allo sporgere o meno la querela; nel caso di cui all'art. 270-*bis*1 c.p. è invece evidente che la *ratio* di tutela rafforzata riposa sulla dimensione pubblicistica che il fatto assume, nella misura in cui va a incidere sulla sicurezza pubblica.

Sul punto si evidenzia comunque che in presenza di dissociazione o collaborazione, come previsto dai commi 3 degli articoli sopra menzionati, le relative aggravanti vengono escluse, con l'effetto di riportare il reato nel novero di quelli procedibili a querela. Naturalmente tale modifica è possibile solo se si tratta di esclusione delle aggravanti contestate, mentre in caso di mero bilanciamento, anche in ipotesi di subvalenza delle aggravanti, il reato base rimarrà procedibile d'ufficio.

La novella incide poi sulla lettera dell'art. 71 del Codice antimafia, inserendo nell'elenco dei reati perseguibili d'ufficio, nel caso in cui vengano commessi da chi è sottoposto in maniera definitiva a misura di prevenzione personale e per i successivi 3 anni dalla cessazione, anche il delitto di lesioni personali dolose (582 c.p.).

2) Modifiche al codice di rito in materia di arresto obbligatorio in flagranza rispetto ai reati oggi procedibili a querela.

Rispetto a tale previsione la scelta di fondo è stata quella di limitare la modifica al solo art. 380 c.p.p., poiché i reati ivi elencati risulterebbero di maggiore disvalore e allarme sociale rispetto a quelli che prevedono l'arresto solo facoltativo. Si tratta in questo caso di un intervento ritenuto necessario in relazione, in modo particolare, al reato di furto, vista l'estensione della procedibilità a querela anche alle ipotesi aggravate di cui all'art. 625 c.p. (eccezione fatta per il comma 7 e 7-*bis* nei termini illustrati nel precedente paragrafo).

L'art. 380 c.p.p. prevede oggi che, in assenza della persona offesa sul luogo del fatto, la polizia giudiziaria possa comunque procedere al-

l'arresto dell'“indagato”, essendo però onerata di acquisire la querela entro 48 ore (termine previsto dal codice di rito per la convalida dell'arresto), decorse le quali, in assenza della necessaria condizione di procedibilità, o in caso di rifiuto da parte della persona offesa, l'arrestato andrà posto immediatamente in libertà.

Risulta parimenti novellata la disciplina del giudizio direttissimo. Infatti, in caso di richiesta di tale rito speciale da parte del Pubblico Ministero, il Giudice che si troverà a dover decidere sulla convalida dell'arresto se si avvedesse che le 48 ore non sono ancora decorse e vi è dunque ancora margine per acquisire la querela, non potrà adottare misure cautelari (si tratterebbe in questo caso di un fatto commesso in presenza di causa di non punibilità) e si troverà per ciò stesso costretto a sospendere il processo. La sospensione verrà poi revocata in caso di assenza di querela, di rifiuto della persona offesa di sporgere querela, o in caso di acquisizione della condizione di procedibilità che permetterà di incardinare correttamente il rito.

Nei primi due casi l'imputato andrà immediatamente liberato, con esclusione di qualsivoglia profilo connesso a ipotesi di ingiusta detenzione, atteso che la querela, con la modifica di cui in discorso, non risulta più presupposto per poter procedere all'arresto obbligatorio in flagranza.

4. Conclusioni e rilievi critici rispetto alle scelte assunte dal legislatore nell'ambito della riforma della giustizia penale

La riforma Cartabia è stata elaborata con un obiettivo certamente ambizioso, quale quello della riduzione dei tempi del processo penale e della deflazione dei procedimenti. Le modifiche apportate sia al codice penale sostanziale, sia al codice di rito, hanno certamente tradotto tale *ratio*, introducendo nuovi istituti e rafforzando quelli già presenti, ma spetterà solo alla prassi e alle valutazioni di impatto della novella fornire una risposta rispetto alla bontà delle scelte politico-criminali assunte.

Tra queste ultime merita menzionare anche la soluzione innovativa, fino a oggi mai praticata, di voler rendere procedibili a querela le contravvenzioni di cui agli artt. 659 co. 1 c.p. (disturbo alle occupazioni o

al riposo delle persone), salvo però che il fatto abbia a oggetto spettacoli, ritrovi o intrattenimenti pubblici, ovvero sia stato commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità e 660 co. 1 c.p. (molestie), in deroga all'art. 11 delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale²³. Posto che entrambe risultano punite con pena alternativa, sarà necessario trovare un punto di coordinamento tra l'istituto dell'oblazione speciale *ex art. 162-bis* c.p. e il successivo art. 162-*ter* c.p.

Sebbene entrambi portino a un esito estintivo legato a valutazioni discrezionali del Giudice sulla concedibilità, i presupposti di accesso e l'attenzione alle esigenze compositive delle persone offese sono ben diversi: nel primo caso si tratta di addivenire al pagamento di una somma fissa di denaro a favore unicamente del Fondo Unico Giustizia, accompagnata da condotte idonee a eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, meccanismo però da cui vengono esclusi i soggetti gravati da recidiva reiterata e i contravventori dichiarati abituali o professionali e che, in ogni caso, non tiene conto in alcun modo delle istanze della vittima; nel secondo caso, sebbene non vi siano ostatività collegate al tipo di autore, si tratta invece di ragionare in ottica risarcitoria nell'interesse della persona offesa, attraverso un cambio di paradigma tale da comportare una quantificazione economica "mobile", adeguata caso per caso al grado di offensività del reato (rispetto anche ai parametri di cui all'art. 133 c.p.) e soprattutto congrua rispetto al tipo di pregiudizio arrecato e ai danni morali da esso cagionati.

Merita in ogni caso segnalare che, accanto alle soluzioni normative fornite, il legislatore, proprio in ottica deflativa anche dell'arretrato, ha tentato una strada nuova, di carattere organizzativo, ovvero l'istituzione

²³ La Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., 496-498 fa presente che quando una contravvenzione tutela interessi individuali e concreti, come quelli che fanno capo alla persona, non vi è ragione di escludere la procedibilità a querela, aprendo il sistema a condotte riparatorie e risarcitorie. In relazione, in particolare, alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., la scelta di renderla procedibile a querela non solo la pone in linea di coerenza con la procedibilità dell'art. 612-*bis* co. 1 c.p., da intendersi quale ipotesi di progressione criminosa rispetto alla prodromica condotta di molestie alla persona, ma ricorda anche la questione di costituzionalità sollevata sul punto, giudicata poi inammissibile dalla Corte adita, con ordinanza 220/2018.

all'interno dei vari Distretti della penisola dell'Ufficio per il Processo²⁴. Ciò ha portato a un rapido reclutamento di risorse, seppur a tempo determinato, da utilizzare a supporto dei Magistrati soprattutto per le attività preparatorie (in senso lato) dei fascicoli per le udienze e, in alcuni casi, quale strumento per sopperire alle fisiologiche carenze di organico tra il personale amministrativo.

Come sempre accade, tuttavia, le novità di sistema portano con sé anche alcuni punti deboli, o comunque criticità, collegate a scelte non sempre condivise con gli operatori del diritto.

Un esempio su tutti è l'estensione della procedibilità a querela al reato di sequestro di persona, decisione forse azzardata in ragione del bene giuridico tutelato e della modalità di offesa allo stesso. Vero è che nella stessa Relazione illustrativa la scelta è accolta con favore rispetto a fatti di ridotto disvalore, ove la privazione della libertà personale non ha una sensibile durata²⁵, ma siffatta argomentazione non pare essere condivisibile nella misura in cui, in tali ipotesi, si sarebbe potuto fare ricorso o all'istituto del reato impossibile *ex art. 49 c.p.* oppure, in caso di rilevanza penale del fatto, all'istituto dell'art. 131-*bis* c.p., anche al fine di valorizzare il massimo edittale della pena previsto dal legislatore, che segna con fermezza il sensibile disvalore penale della fattispecie.

Un'altra scelta di sistema poco condivisibile, a parere di chi scrive, è quella inserita nell'art. 85 delle disposizioni transitorie del d.lgs. 150/2022, poi modificato dal d.l. 162/2022 che, in origine, prevedeva in capo alle Procure o ai Tribunale l'onere di notificare la persona offesa in caso di modifica della procedibilità del reato, al fine di porla nella condizione di depositare la necessaria querela. L'omissione di siffatto adempimento (pur previsto dalla precedente riforma Orlando del 2017) ha creato

²⁴ F. BARBIERI, *Il "nuovo" ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all'intelligenza artificiale*; A. CASADONTE, A. SCARPA, *L'esordio operativo dell'Ufficio per il processo in Corte di cassazione*; E. AGHINA, L. MARZULLO et al., *L'esordio operativo dell'Ufficio per il processo nelle Corti di appello*; E. AGHINA, M.G. CIVININI et al., *L'esordio operativo dell'Ufficio per il processo nei Tribunali*, tutti in *Giustizia Insieme*, 27.02.2023.

²⁵ Per un commento vedi O.C. ARTALE, L. BIN, *op. cit.*, 190-196. Critico sul punto anche G. DODARO, *op. cit.*, 65.

un *vulnus* di tutela nei confronti dei cittadini vittime di reato, poiché è inesigibile ritenere che un *quisque de populo* possa rendersi conto degli effetti di una riforma complessa come quella in commento, in termini di procedibilità dell'azione penale, con una sensibile discriminazione tra coloro che hanno deciso di munirsi di una difesa tecnica, rispetto a coloro che si sono limitati a denunciare. Tutto ciò pare possa essere reso ancora meno giustificabile alla luce delle motivazioni addotte in ordine alla modifica apportata dal d.l. 162/2022, tutte basate su problemi di natura strutturale e di carenze di organico – nonché dispendio delle poche risorse disponibili – che pongono però in secondo piano la necessaria garanzia del diritto delle vittime ad avere giustizia.

Da ultimo pare appena il caso di segnalare alcuni dubbi di costituzionalità che solleva la nuova previsione dell'art. 380 c.p.p., in materia di arresto obbligatorio in flagranza nei casi di reati procedibili a querela, a seguito dell'entrata in vigore della legge 60/2023.

Da un lato, infatti, potrebbe porsi un problema di compatibilità con l'art. 3 Cost.²⁶ alla luce del fatto che il legislatore ha deciso di non interpolare anche la lettera dell'art. 381 c.p.p. (casi di arresto facoltativo in flagranza), che pur riporta all'interno del suo elenco reati quantomeno di pari allarme sociale rispetto al furto, come per esempio il sequestro di persona, la violenza privata e la violazione di domicilio.

Dall'altro lato, potrebbe registrarsi una frizione della disciplina (e in particolare del comma 3 dell'art. 380 c.p.p.) con l'art. 13 Cost., considerato che oggi la polizia giudiziaria può procedere alla restrizione della libertà personale dell'arrestato, per un reato in quel momento improcedibile; specularmente, si rischia di prolungare il tempo in cui lo stesso rimane privato della libertà, dovendosi attendere le 48 ore previste dalla disposizione, facendo così dipendere la durata della restrizione dalla volontà della persona offesa nonché, ovviamente, dalla efficacia degli sforzi profusi nel caso concreto dalle forze dell'ordine per prontamente reperirla.

²⁶ Criticità sollevata da G.L. GATTA, “Arresto in attesa della querela” e procedibilità d'ufficio per i reati aggravati dal metodo mafioso e dalla finalità di terrorismo. Pubblicata la L. n. 60/2023, cit., par. 5.3.

DAL BOIA ALL'ESATTORE

L'ESTINZIONE DELL'ILLECITO AGROALIMENTARE PER ADEMPIMENTO DI PRESCRIZIONI

Francesco Diamanti

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Causa.* 3. *Effetti.* 4. *Problemi.* 4.1. *Ambito di applicazione.* 4.2. *Ripristino o risarcimento.* 4.3. *E i recidivi?* 5. *Ultimi disegni (AC 823 e AC 1004).* 6. *Staremo a vedere.*

1. Introduzione

Dopo la contestazione di un illecito (penale o amministrativo) l'organo accertatore può impartire al trasgressore un'apposita prescrizione finalizzata all'eliminazione, in vario modo realizzabile, dell'irregolarità emersa e/o alla realizzazione di scopi deflattivi del procedimento, stabilendo altresì un termine per l'adempimento. Se ciò accade il trasgressore viene premiato (per es. estinzione dell'illecito, trasformazione della sanzione o pagamento della stessa in misura ridotta, ecc.). Se invece non accade, al trasgressore è normalmente precluso l'accesso alla premialità e il procedimento ordinario, qualsiasi esso sia, riprende regolarmente il suo corso. Beninteso: questa è solo l'essenza dell'istituto; su tale "base essenziale" il legislatore ne adatta (anche troppo, a volte) la struttura alla luce delle esigenze tipiche dei diversi settori di riferimento.

In ambito agroalimentare funziona così.

Nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, l'organo che accerta l'esistenza di una o più contravvenzioni, o la polizia giudiziaria stessa¹, impartisce all'indagato un'apposita prescrizione², fissando il

¹ Come si è già abituati a sapere dall'esperienza in materia di sicurezza sul lavoro e di ambiente (cfr. art. 22 d.lgs. n. 758/1994 e art. 318-*quinquies* d.lgs. n. 152/2006), è altresì possibile che sia il pubblico ministero, di propria iniziativa, ad accertare la con-

termine per adempiere (massimo sei mesi)³. Una copia della prescrizione è notificata al rappresentante legale dell'ente in cui opera l'indagato e la *notitia criminis* (insieme al verbale contenente le prescrizioni) è comunicata senza ritardo al pubblico ministero *ex art.* 347 c.p.p.; il quale, se lo ritiene, può esercitare il suo potere di controllo delle indagini e imporre all'accertatore, con decreto, una o più modifiche delle prescrizioni impartite.

Il pubblico ministero iscrive la *notitia criminis* nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e sospende il procedimento penale a carico dell'indagato. La sospensione di cui si parla dura sino alla ricezione delle comunicazioni di adempimento, o meno, delle prescrizioni e del pagamento in sede amministrativa (artt. 12-*quater* commi 3 e 4, l. n. 283/1962) o della corretta, o meno, conclusione dei lavori di pubblica utilità (artt. 12-*quinqies* commi 6 e 7, l. n. 283/1962). La sospensione non preclude la richiesta di archiviazione⁴, né l'assunzione di prove con incidente probatorio o gli atti urgenti d'indagine, né il sequestro preventivo *ex artt.*

travvenzione o a ricevere la *notitia criminis* da soggetti diversi dall'organo accertatore o dalla polizia giudiziaria. In casi simili, il nuovo art. 12-*sexies* l. n. 283/1962 prevede che il p.m. ne dia comunicazione a questi ultimi affinché provvedano agli adempimenti di cui agli artt. 12-*ter* e 12-*quater* l. n. 283/1962. In questi casi l'organo accertatore o la polizia giudiziaria informano il pubblico ministero della propria attività senza ritardo e, comunque, non oltre sessanta giorni dalla data in cui hanno ricevuto comunicazione della notizia di reato dal pubblico ministero.

² Che è atto di polizia giudiziaria (privo di discrezionalità ed emanato da un organo che svolge funzioni *ex art.* 55 c.p.p.), non amministrativo nel suo genere. Sul punto, T. PADOVANI, *Commento a d.lgs. 19.12.1994, n. 758 - Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Legisl. pen.*, 1995, 375 ss., spec. 378; V. VALENTINI, *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. n. 758/1994. Ingiunzione ed eliminazione della situazione di pericolo: le ipotesi premiali nel diritto penale del lavoro*, in N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, 419 ss., spec. 430; ampiamente, poi G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, 129 ss.

³ Su richiesta dell'indagato, il termine può essere prorogato una sola volta per un periodo non superiore a sei mesi, ma occorrono «...specifiche e documentate circostanze non imputabili al contravventore, che determinino un ritardo nella regolarizzazione».

⁴ Se il pubblico ministero decide di chiedere l'archiviazione per ragioni che prescindono dalla causa estintiva del reato in parola, il lavoro di pubblica utilità è sospeso fino alla decisione del giudice per le indagini preliminari.

321 ss. c.p.p. Se l'indagato adempie alle prescrizioni impartite nel termine stabilito e provvede, sempre nei termini, al pagamento in sede amministrativa o conclude positivamente i lavori di pubblica utilità, il pubblico ministero chiede (e ottiene) l'archiviazione.

Se l'indagato non rispetta i termini previsti, ma adempie comunque in ritardo alla prestazione, il procedimento penale riprende il suo corso ma la pena è diminuita. Se l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione avviene in ritardo o con modalità diverse da quelle impartite dall'organo accertatore o dalla polizia giudiziaria ma prima dell'apertura del dibattimento o del decreto di condanna, l'indagato non potrà beneficiare del meccanismo estintivo, ma quell'adempimento anomalo sarà comunque valutabile dal giudice per la concessione dell'art. 162-*bis* c.p. La somma da versare, normalmente pari alla metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla contravvenzione commessa, sarà ridotta a un quarto. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato, l'organo che ha accertato la contravvenzione verifica se l'indagato ha adempiuto secondo le indicazioni fornitegli. In caso di esito positivo, l'indagato è ammesso a pagare in sede amministrativa (entro trenta giorni) una somma di denaro destinata al bilancio dello Stato, pari a un sesto del massimo dell'ammenda stabilita dalla contravvenzione trasgredita. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per il pagamento, l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione e il pagamento della somma di denaro stabilita. In caso contrario, ovvero se la prescrizione non è stata adempiuta o la somma di denaro non è stata pagata, l'accertatore deve comunicarlo al pubblico ministero e al contravventore non oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione stessa.

È una transazione anticipata con l'organo accertatore.

Un tentativo di risoluzione alternativa dei conflitti in cui il processo (penale o amministrativo) diviene, giustamente, riconosciuto come parte della minaccia dello Stato. Credere che questo istituto rilevi solo di per sé è ingenuo: anche perché, come noto, la sicurezza alimentare è un tema molto tecnico e, dunque, solitamente poco battuto dalle Procure della Repubblica italiane. Diversamente, il meccanismo di cui si dirà s'inserisce in un disegno politico ben più ampio e articolato, il cui sco-

po primario è contribuire all'erosione di un rigido e illusorio paradigma illecito/sanzione⁵ o, nello specifico caso dello *ius terribile*, reato/pena⁶, favorendo, laddove possibile, l'opportunità all'autore dell'illecito di rimediare⁷.

L'esigenza di estinguere l'illecito a seguito dell'adempimento di prescrizioni è dettata anche – e forse *soprattutto* – dalla necessità di rimediare a una seria ipertrofia normativa di cui diremo ampiamente.

2. Causa

Per contestualizzare la riforma Cartabia, e per comprendere le esigenze pratiche che hanno mosso il legislatore nella previsione dell'istituto in analisi, occorre precisare l'ovvio, ovvero che lo *ius terribile* ha sempre esercitato un'eccessiva pressione sulla società italiana *post-unitaria*⁸. Come se tra gli ingredienti fondamentali della nostra nazione

⁵ Sul tema, per tutti, cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

⁶ Del resto, indipendentemente dal settore analizzato e dalla tipologia di illecito preso in considerazione, non ha alcun senso pretendere che la sanzione (penale, amministrativo-pecuniaria, ecc.) debba sempre essere inflitta a seguito della violazione di un precetto. La risposta sanzionatoria deve senz'altro affiancare quest'ultimo – non c'è precetto senza sanzione –, ma bisogna prediligere, laddove possibile, sentieri diversi, più efficienti, edificanti e personalizzati. Sostanzialmente conforme l'impostazione di M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 380 ss. Il meccanismo estintivo premiale che si analizzerà nel prosieguo è solo uno dei tanti anticorpi, perché, in estrema sintesi c'è anche l'idea della riparazione, della degradazione dell'illecito penale irrilevante o bagatellare, oltre alla promozione di fattispecie (sostanziali e processuali) di natura premiale. Segue questa sintesi anche G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., 18 ss.

⁷ Così, per quanto concerne l'applicazione del meccanismo agli illeciti contravvenzionali, v. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 347 ss.

⁸ Com'è stato notato, «nella storia italiana la criminalità e le politiche criminali hanno avuto un peso del tutto anomalo, per la qualità più che per il numero dei delitti, per i confini troppo spesso sottili, tra politica e criminalità; per il troppo frequente ricorso al diritto penale o alle misure di polizia come strumenti di governo dei fenomeni economici e sociali [...] il modo di formazione dello Stato italiano fu prevalentemente

ci fosse anch'esso; come se si trattasse di un elemento di coesione, un tragico collante sociopolitico che ha finito, cavalcando l'onda di mille allarmi⁹, per trasformarsi in uno *ius* infiltratosi in ogni pertugio dell'at-

coattivo» [cfr. L. VIOLANTE, *Delinquere, perdonare, punire*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, XIX e XXXIV]. Ora, a dire il vero la proliferazione di disposizioni penali non è un fenomeno unicamente *made in Italy*: basta rileggere quello che Reinhard Frank scriveva nel suo *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in cui, già nel lontano 1898, definiva come "infinita" l'area delle condotte punibili. Lo ricorda bene M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in A.M. STILE, V. MONGILLO (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, Napoli, 2021, 169 ss., spec. 171. A ogni modo, l'eccessiva pressione di cui si discute non è un fenomeno tipico della sola Italia della seconda metà del 1800. Secondo alcuni storici del diritto, pare che in Europa sia possibile rinvenire il primo vero repentino aumento delle proibizioni penali tra il XVI e il XVII secolo: è questo il periodo in cui «...si manifestano esigenze inattese che portano a dirigere la repressione sul dissenso religioso e sulla devianza morale e a perseguire in modo organizzato soggetti e comportamenti *borderline*, messi in uno schema di incriminazione del tutto *sui generis* [...] mi riferisco alla persecuzione della stregoneria, *crimen maleficii, sortilegii vel magiae*, condotta – in sorprendente penuria di dubbi – con un affinamento estenuato del ragionamento probatorio (per arrivare alla prova certa di fatti inesistenti) e con un inopinato abuso della tortura e della confessione». È in questo periodo, poi, che emergono con forza «...le esigenze di ordine pubblico. Lo spostamento del focus dal danno alla disobbedienza, che contamina la risposta penale col tipo dell'infrazione politica, spiana la strada alla logica della *prevenzione*, col suo corteo di sospetti e pregiudizi, La 'piccola legislazione' (editti, bandi, ordini, notificazioni, regolamenti) diviene pletorica, invasiva, disciplinante», cit. M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2002, 181.

⁹ L'Italia, come Paese, è nata e cresciuta in emergenza. E i vari allarmi (quello meridionale, quello fascista, terrorista interno di matrice politica, mafioso, di matrice religiosa, economico e così oltre, fino alla corruzione, ai pirati della strada, ai migranti, al coronavirus, ecc.) sono sempre riusciti a legittimare agli occhi dell'opinione pubblica e del legislatore (quasi) ogni mezzo di controllo/prevenzione sui beni giuridici più diversi. Dalla proprietà (tra i fondamentali, cfr. G. BOLIS, *La polizia e le classi pericolose per la società*, Bologna, 1871; V. LOLLINI, *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Bologna, 1882); al contenimento dei più poveri (cfr. U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997, 729 ss.); dei dissidenti politici (cfr. M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, 607 ss.) e così oltre.

tività umana¹⁰ e in una vera e propria etica pubblica largamente condivisa¹¹.

Si pensi al Novecento.

Secolo, questo, in cui si è verificato il passaggio, peraltro piuttosto evidente, da una cultura liberale borghese poco incline a indebite intromissioni a uno Stato eccessivamente interessato alla vita e alla sicurezza di tutti.

Più Stato (sociale), più leggi.

Non solo *nei* codici generali, ma anche al di fuori di essi¹².

Non più un'impostazione individualistico-liberale, con ciò intendendo quella nella quale sono i cittadini a concedere allo Stato il potere di punirli entro alcuni e ben determinati limiti; ma un'impostazione sociale, collettiva, statale, nella quale il diritto di punire sarebbe divenuto

¹⁰ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1960-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, Diritto, Giustizia*, Torino, 1998, 485 ss. spec. 494.

¹¹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico come "tipo d'autore"*, Modena, 2014.

¹² Oltre al codice, le leggi speciali. Se è vero che le leggi penali "speciali", almeno fino alla fine della Seconda guerra mondiale, non sono riuscite a oscurare la centralità dei codici generali dell'Italia unita – quelle *leges*, sparse qua e là, rimanevano ancora davvero "complementari" –, in molti Paesi del vecchio continente lo *ius poenale* iniziò una lenta ma inesorabile espansione. La situazione tedesca è assai interessante: il codice penale del 1870 subì pochissime modifiche fino al 1914, circa diciotto in tutto; tuttavia, la crescente produzione penalistica non si è mai arrestata in quanto, proprio in quegli anni, le leggi speciali iniziavano a diffondersi molto seriamente: «il cosiddetto diritto penale complementare» cominciò la sua marcia trionfale, tutt'ora inarrestata. Se per la maggior parte del diciannovesimo secolo esso meritava tale appellativo (all'epoca certamente non ancora usuale), in seguito il rapporto quantitativo delle norme penali passò a suo favore: «[...] dal 1871 al 1914 norme di diritto penale complementare furono profuse, in questi campi: diritto d'autore, diritto dei brevetti e dei modelli di utilità, tutela dei marchi e diritto della concorrenza, patrimonio, reati pericolosi per la collettività, in materia di difesa ed emigrazione, stampa, associazionismo, sicurezza, moralità e famiglia, in ambito economico, sociale, ferroviario e navale, delle comunicazioni, delle finanze, in materia militare e coloniale», cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., Padova, 2013, 193 ss.; si v. anche R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in *ZStW*, 1898, Bd. XVIII, 733 ss.

to un diritto alla conservazione e alla difesa di uno Stato analoga *al* (ma diversa *dal*) diritto del cittadino di difendersi dall'aggressione altrui¹³.

Non fu solo *difesa sociale* intesa alla maniera dei positivisti.

Fu anche – e forse soprattutto – *difesa dello Stato* come apparato complessivo, una difesa di tutti contro tutti e contro tutto, finalizzata alla soppressione di un fenomeno, quello della criminalità, la cui mera esistenza finiva per minare la stabilità e il potere del controllo pubblico (e autoritario) sulla vita dei cittadini¹⁴.

Quello Stato, qui il punto, continuò ad abusare del diritto penale per i più disparati scopi general-preventivi. Inventò il penale accessorio e quello ostativo, per poi accrescere a dismisura l'illecito contravvenzionale:

è così che le tante leggi organizzative vengono guarnite con obblighi o divieti corredati da pena, che dovrebbero fare da ostacolo alla loro inosservanza [...] non c'è più settore dell'amministrazione pubblica che rinunci al suo ritaglio di minaccia penale, per aumentare il suo potere di presa sulla frazione di cittadini che hanno a che fare con essa, o semplicemente per non essere da meno rispetto a tutti gli altri¹⁵.

Finita la guerra cambiò ben poco.

Anche l'Italia della seconda parte del Novecento conobbe decenni molto delicati, in quanto le emergenze sociali che presero vita non diedero mai tregua al Paese. È una storia ben nota: dal terrorismo interno al rafforzamento della criminalità organizzata di stampo mafioso, fino a un'atipica diffusione della corruzione politica emersa presso l'opinione pubblica come “problema” negli anni Novanta e oltre fino al terrorismo di matrice islamica, ai migranti, ecc.

Il risultato?

¹³ M.A. CATTANEO, *Il codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale*, 1981, 100.

¹⁴ Per un quadro più che preciso (e non interpolato da nessun commentatore) si v. AL. ROCCO, *Relazione del Guardasigilli*, in *Codice penale illustrato coi lavori preparatori*, 1930, Roma, XLII-XLIV; M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 25 ss., spec. 32 ss.

¹⁵ M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, cit., 41.

L'accumulo di oltre duecentomila atti di legge numerati sin dal lontano 1861, dei quali quasi centodiecimila sono ancora oggi in vigore¹⁶. Tra questi ultimi, naturalmente, s'annida poi una rete fitta e comunicante d'illeciti amministrativi, delittuosi e contravvenzionali: basterà qui ricordare che una ricerca coordinata dal gruppo penalistico dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia ha contato, alla fine del Novecento, ben 5431 norme-precetto *extracodicem*, di cui il 16,1% delittuose e l'83,9% contravvenzionali¹⁷.

Nessuno, in Italia, sa quanti reati esistano.

3. Effetti

La situazione appena descritta – che rivela un'ipertrofia normativa sconcertante – è alla base dell'idea di estinguere gli illeciti penali (o amministrativi) a seguito dell'adempimento di specifiche prescrizioni.

Ne costituisce la causa.

Non sarà forse l'unica, ma è senz'altro la principale.

Nel ricco mondo del *food*¹⁸, per rimanere aderenti al settore oggetto del presente contributo, la stratificazione normativo-sanzionatoria, aiutata anche dall'imponente depenalizzazione del 1999, ha già da tempo

¹⁶ È un *unicum*: gli esiti di questa ricerca sono stati pubblicati anche su <https://www.ilsole24ore.com/art/nell-italia-110mila-leggi-ancora-validi-33mila-regi-decreti-AEEWNJj>.

¹⁷ M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del convegno Modena 14-15 dicembre 2001*, Milano, 2003, 25 ss., spec. 31 ss. Il fenomeno, tutt'altro che solo italiano, è continuamente e aspramente criticato dalla quasi totalità della letteratura penalistica europeo-continentale. Per tutti – e senza alcuna pretesa di completezza – v. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Las expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, trad. it. a cura di V. Militello; ID., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 9 ss.

¹⁸ Con un valore di oltre 522 miliardi, nel 2021 ha avuto una crescita di fatturato del 16,5%. Cfr. Report Attività 2021 (I.C.Q.R.F.), 6, reperibile su <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/394>.

favorito lo sviluppo di meccanismi premiali e deflattivi simili, come la *diffida*, nei confronti dell'illecito amministrativo¹⁹.

Questo, nel corso del tempo, è stato forse il primo effetto.

La *diffida*, che consiste in una scelta legislativa consapevole verso la dissoluzione del paradigma classico accertamento/contestazione-sanzione, peraltro, non si trova solo nell'illecito amministrativo agroalimentare – si pensi all'edilizia²⁰, ai rifiuti pericolosi²¹, ecc. –, ma in esso è “nato”, anche se in alcuni settori speciali-specifici: dal diritto viti-

¹⁹ La “*diffida*” deflattiva e premiale già nota nell'illecito amministrativo (non solo) agroalimentare. All'inizio è nata anch'essa nel settore della sicurezza sul lavoro: non v'è dubbio, infatti, che le disposizioni giuslavoristiche abbiano conosciuto, oltre alla “disposizione” (ex art. 10 d.P.R. n. 520/1955), la “*diffida*” disciplinata dall'art. 9 d.P.R. n. 520 del 1955, peraltro in origine ritenuta operativa anche nei confronti degli illeciti penali. Due istituti, questi, che ex art. 25 d.lgs. n. 758/1994 non si applicano più alle contravvenzioni. Con gli artt. 13 ss. del d.lgs. n. 124/2004 è stato poi chiarito che gli organi accertatori hanno due possibilità: a) davanti agli inadempimenti sanabili e sanzionati in via amministrativa opera la *diffida*; b) davanti agli inadempimenti sanzionati da illeciti contravvenzionali deve invece operare il meccanismo estintivo *ad hoc*. Sul tema, ampiamente, G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., 106 ss., con ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia.

²⁰ Il riferimento è all'art. 24 comma 3 d.lgs. 29.10.1999, n. 490, recante “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 08.10.1997, n. 352”, il quale specifica che «Ove la soprintendenza proceda ad accertamenti di natura tecnica, dandone preventiva comunicazione al richiedente, il termine è sospeso fino all'acquisizione delle risultanze degli accertamenti d'ufficio e comunque non oltre trenta giorni. Decorso tale termine, previa *diffida* a provvedere nei successivi trenta giorni, le richieste di approvazione si intendono accolte». Lo ricorda D. PISANELLO, *Cosa resta del giorno. L'adeguamento italiano al regolamento UE 2017/625, dopo la legge di conversione n. 71/2021*, in *Alimenta*, 2, 2021, 86.

²¹ Il riferimento è all'art. 13 comma 2 d.lgs. 05.02.1997, n. 22, recante “Attuazione delle direttive 91/56/CEE sui rifiuti, 91/698/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio”, in cui è previsto che «[...] entro centoventi giorni dall'adozione delle ordinanze di cui al comma 1, il Presidente della Giunta regionale promuove e adotta le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti. In caso di inutile decorso del termine e di accertata inattività, il Ministro dell'ambiente *diffida* il Presidente della Giunta regionale a provvedere entro un congruo termine, e in caso di protrazione dell'inertza può adottare in via sostitutiva tutte le iniziative necessarie ai predetti fini». Lo ricorda, anche in questo caso, D. PISANELLO, *Cosa resta del giorno*, cit., 86.

vinicolo²² alle disposizioni in materia di olio di oliva²³, d'identificazione di alcuni animali (come suini, bovini, equidi, ecc.) e scambi di pollame²⁴, di carni di pollame²⁵, di Materiali a Contatto con gli Alimenti (MOCA)²⁶ e così oltre. Successivamente, nel 2014²⁷, si è generalizzato estendendosi all'ambito della «sicurezza agroalimentare», da ultimo, con la l. n. 71/2021²⁸.

Il meccanismo, di per sé, è abbastanza semplice.

L'organo che accerta l'illecito amministrativo intima al trasgressore il ripristino della conformità e in caso di corretta ottemperanza estingue il procedimento sanzionatorio. Più nello specifico e al netto delle specificità delle discipline previamente esistenti non sempre tacitamente abrogate dalla l. n. 91/2014, davanti alla prima violazione sanabile di almeno una disposizione concernente i requisiti di igiene alimentare o le disposizioni in materia di sicurezza alimentare (dalla tracciabilità degli alimenti alle indicazioni nutrizionali e oltre) per cui è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria, se i prodotti non sono stati già im-

²² Art. 43 l. 20.02.2006, n. 82.

²³ Art. 7 d.lgs. 30.09.2005, n. 225.

²⁴ Art. 4 d.lgs. n. 58/2004, art. 9 d.lgs. n. 200/2010, art. 6 d.lgs. n. 29/2011, art. 26 d.lgs. n. 199/2014 e così oltre.

²⁵ Art. 8 d.lgs. n. 202/2014.

²⁶ Cfr. il d.lgs. 10.02.2017, n. 29.

²⁷ Il riferimento è all'art. 1 commi 3 e 4 del d.l. 24.06.2014, n. 91, convertito in legge dall'art. 1 comma 1 l. 11.08.2014, n. 116 (entrata in vigore il 21 agosto 2014).

²⁸ La l. n. 71/2021 ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 22.03.2021 n. 42, recante misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare e ha allineato la disciplina della "diffida" in questo settore all'art. 138 del Reg. (UE) 2017/625 sui controlli pubblici ufficiali. Sul tema, cfr. D. PISANELLO, *Cosa resta del giorno*, cit., 65 ss., spec. sul coordinamento con le disposizioni speciali-specifiche previgenti 100 ss.; ID., *Controlli ufficiali sugli alimenti dopo la legge n. 71/2021: profili penale e diffida degli illeciti amministrativi*, in *Lex alimentaria*, 30 settembre 2021, 1 ss. Di recente è il Ministero della Salute ha emanato una circolare contenente alcune indicazioni sull'applicazione dell'istituto della diffida nel caso di violazioni sanzionabili accertate per la prima volta durante l'effettuazione dei controlli ufficiali di cui al regolamento (UE) 2017/6251 nei settori di cui al comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 27/20212. Il fine della citata circolare è quello di consentire un'applicazione uniforme da parte delle autorità competenti. La circolare si trova on-line: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn%3Aaid%3Aasc%3AUS%3Afe25bf21-8fab-3cd5-9adf-58c617a04d49>.

messi sul mercato anche solo in parte e se il trasgressore non intende rifiutare la diffida e procedere col pagamento oblatorio in misura ridotta della sanzione, l'organo accertatore (per es. l'I.C.Q.R.F., l'ASL territorialmente competente) deve diffidare l'interessato ad adempiere alle prescrizioni violate entro trenta giorni dalla data di notificazione dell'atto di diffida e a elidere le eventuali conseguenze dannose o pericolose dell'illecito amministrativo commesso. Pena: la contestazione ex art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689.

Passiamo oltre.

Il secondo effetto della diffusa e insostenibile ipertrofia normativa tipica dell'ordinamento italiano è l'estensione dell'istituto dell'estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni anche al mondo dell'illecito penale. Anche in questo ramo dell'ordinamento, beninteso, l'istituto non è tipico del diritto penale "nucleare", ma si origina all'interno della sistematica di settore; dentro quella che un tempo veniva indicata come legislazione "complementare". Nasce nella sicurezza del lavoro, per la precisione²⁹ (anche per gli illeciti amministrativi)³⁰.

²⁹ Fu introdotto per la prima volta in Italia ex art. 19 ss. d.lgs. 19.12.1994, n. 758. Ampi riferimenti storico-normativi e dottrinali nel nostro *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 143 ss.

³⁰ È bene puntualizzare come l'art. 143 del d.lgs. n. 106/2009 abbia introdotto l'art. 301-bis al d.lgs. n. 81/2008, all'interno del quale è stata prevista una procedura per l'estinzione degli illeciti amministrativi a seguito di condotte riparatorie. La disposizione è la seguente: «In tutti i casi di inosservanza degli obblighi puniti con sanzione pecuniaria amministrativa il trasgressore, al fine di estinguere l'illecito amministrativo, è ammesso al pagamento di una somma pari alla misura minima prevista dalla legge qualora provveda a regolarizzare la propria posizione non oltre il termine assegnato dall'organo di vigilanza mediante verbale di primo accesso ispettivo». Questo particolare meccanismo non è stato esportato dalla riforma Cartabia nel mondo dell'illecito amministrativo agroalimentare; questa "mancanza", però, si spiega con l'esistenza dell'istituto della diffida di cui si è già parlato. È un meccanismo premiale piuttosto criptico, perché la procedura illustrata dall'art. 301-bis non dice molto, a parte che il trasgressore, se provvede a regolarizzare la propria posizione entro un termine assegnato, può pagare una somma di denaro pari alla misura minima prevista dalla legge. Secondo alcuni la ragione del carattere criptico della disposizione sta nel fatto (vero) che la maggior parte degli illeciti amministrativi in materia di sicurezza sul lavoro concernono

Poi, però, si diffonde molto rapidamente³¹: dal penale dell'ambiente³², fino alla *privacy*³³ e, con la “riforma Cartabia”³⁴, al diritto penale della sicurezza agroalimentare³⁵.

omissioni formali davanti alle quali l'accertatore non può far altro che chiederne l'adempimento, così anche R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020, 128. Tuttavia, a nostro parere, non bisogna dimenticare: a) che la disciplina del T.U. è intervenuta in un quadro normativo preciso, composto dalla l. n. 689 del 1981, dall'art. 9 del d.P.R. n. 520 del 1955 (la c.d. “diffida”) e il d.lgs. n. 758 del 1994; b) che l'art. 301-bis è norma speciale rispetto alla l. n. 689 del 1981.

³¹ Per una ricostruzione si consenta il rinvio al nostro *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, cit., 143 ss.

³² Sull'estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni nel diritto penale dell'ambiente, tra gli altri e senza alcuna pretesa di completezza, v. G. AMARELLI, *Il “decreto pnrr2” e le modifiche (minime) della procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali*, in *Sistema penale*, 21 luglio 2022, 1 ss.; ID., *La procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali: il controverso ambito di operatività, gli auspicati correttivi e le attese deluse dalla riforma Cartabia*, in *Lexambiente*, 4, 2022, 1 ss.; M. TELESICA, *La tutela penale dell'ambiente: i profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino, 2021, 199 ss.; A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale: la bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, 71 ss.; A.L. VERGINE, *In tema di estinzione delle contravvenzioni ambientali (Nota a sent. Cass. pen. sez. III 24.2.2020 n. 7220)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2, 2020, 392 ss.; G. AMENDOLA, *Legge ecoreati. La cassazione riscrive le condizioni per la estinzione delle contravvenzioni ambientali*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2020, 2 ss.; E. NAPOLETANO, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna, 2021, 252 ss.; C. RUGA RIVA, *Tutela penale dell'ambiente. Parte generale*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, in M. PELISSERO, F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2019, 42 ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 293 ss.; P. FIMIANI, *Limiti applicativi del sistema estintivo delle contravvenzioni ambientali tramite prescrizioni (Titolo VI-bis d.lgs. 152/2006)*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *La legge sugli eco-reati due anni dopo: un dialogo tra dottrina e giurisprudenza. Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 26 maggio 2017*, Torino, 2018, 119 ss.; ID., *Gli aspetti problematici nel sistema di estinzione dei reati ambientali previsto dal Titolo VI bis del T.U.A.*, in *Lexambiente - Riv. trim.*, 4, 2019, 22 ss.; M.C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015, 1 ss.

³³ Il riferimento è all'art. 169 comma 2 d.lgs. 30.06.2003, n. 196, recante “Codice in materia di protezione dei dati personali”, il quale consente al contravventore di evitare

4. Problemi

Al meccanismo estintivo-premiale in parola – nuovo ma, allo stesso tempo, già conosciuto nel campo della *food safety*³⁶ – è stata data dal

le sanzioni previste dal primo comma (arresto fino a due anni o ammenda da 10.000 a 50.000 euro) per l'omissione delle misure minime previste dall'art. 33 di quel codice.

³⁴ Per una sintesi sui passaggi della riforma, si rimanda al nostro *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, cit., 143 ss.

³⁵ Su questo tema cfr. F. VERGINE, G. MICHELI, *La estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni impartite dall'organo accertatore*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, Pisa, 2022, 484 ss.; S. MASINI, A. NATALINI, *Dall'abrogazione (tentata) al meccanismo estintivo (attuato): storia (infelice) delle (redivive) contravvenzioni alimentari (o di quel che resta...)*, in *Diritto Agroalimentare*, 3, 2022, 579 ss.; A. RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni "alimentari" nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 (Modifiche alla legge 30 aprile 1962, n. 283)*, in *LP*, 6 febbraio 2023, 1 ss.; V. PACILEO, *Una modesta risposta sulla procedura estintiva delle contravvenzioni alimentari*, in *Diritto Agroalimentare*, 1, 2023, 137 ss.; A. MARTUFI, *La definizione anticipata*, cit., in corso di pubblicazione. Da ultimo, ci sia consentito, ancora una volta, il rinvio anche al nostro *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, cit., 143 ss.

³⁶ Era infatti stato previsto dai più importanti (ma poco fortunati) progetti di riforma sul tema. La Commissione Caselli, per esempio, aveva deciso per l'introduzione dell'art. 12-ter nella l. n. 283/1962, col quale veniva disciplinata proprio quell'ipotesi estintivo-premiale. In estrema sintesi, era riservata alle contravvenzioni tipiche del commerciante al dettaglio, quindi in quel disegno alle contravvenzioni (quasi sempre) punite con la sola ammenda o con la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda. L'importazione, l'esportazione, la preparazione, la produzione, la distribuzione o la vendita di alimenti nocivi o inadatti al consumo umano, realizzate colposamente dal commerciante all'ingrosso, che in quel progetto prevedevano spesso la sola pena dell'arresto, sono tutte condotte che avrebbero potuto beneficiare di un altro meccanismo di sostituzione della pena dell'arresto con quella dell'ammenda, sul modello dell'art. 302 del d.lgs. n. 81/2008. Sulle riforme in materia penale agroalimentare, v. M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 45 ss.; su quello e su altri progetti di riforma v. C. CUPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015, 1 ss.; ID., *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, in *Diritto agroalimentare*, 2016, 47 ss.; M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Casel-*

legislatore una struttura che a diversi pregi affianca qualche vistoso difetto da risolvere, laddove possibile, in via ermeneutica o legislativa³⁷.

4.1. *Ambito di applicazione*

Iniziamo col dire che l'istituto è stato esteso al solo ambito della sicurezza agroalimentare; questa, di per sé, è una buona scelta, anche se un po' limitata data l'occasione che era stata messa nelle mani del legislatore delegato. Il quale, beninteso, avrebbe potuto razionalizzare, ancor prima di estendere, le (diversissime) procedure di tutti i meccanismi

li. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari, in *Diritto agroalimentare*, 2, 2016, 207 ss.

Anche il progetto AC 2427, sebbene innestandolo in un progetto legislativo parzialmente diverso, ha ripreso sul punto quasi pedissequamente l'impostazione della Commissione Caselli. Nello specifico, il beneficio era subordinato: a) al rispetto puntuale delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza (nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'articolo 55 del codice di procedura penale) o dalla polizia giudiziaria precedente, al fine di consentirgli di eliminare la contravvenzione accertata e di ripristinare una situazione in tutto e per tutto conforme alle pretese normative; b) al pagamento in via amministrativa di una somma da definire. Era stato previsto anche l'art. 12-*quater* l. n. 283/1962: esso, sul modello già sperimentato l'articolo 302 d.lgs. n. 81/2008 (così come sostituito dall'articolo 144 comma 1 d.lgs. n. 106/2009) avrebbe reso possibile la sostituzione, in materia penale agroalimentare, della pena del solo arresto. Questo secondo meccanismo sostitutivo avrebbe operato nei soli casi in cui la consumazione della contravvenzione fosse dipesa da rischi inerenti a un contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro suscettibili di rimozione o neutralizzazione; in casi simili il giudice, su richiesta dell'imputato, avrebbe potuto sostituire la pena detentiva irrogata, nel limite (giustamente ampio) di due anni con il pagamento di una somma determinata secondo i criteri di ragguaglio di cui all'articolo 135 del codice penale, purché fossero state eliminate tutte le fonti di rischio da cui è dipesa la consumazione del reato. Avvenuta la sostituzione di cui si discute, sarebbe iniziato a decorrere un termine triennale scaduto il quale l'assenza di recidiva specifica avrebbe comportato l'estinzione del reato. Sul tema, cfr. A. MADEO, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, cit., 322 ss.

³⁷ Si condivide senz'altro l'approccio costruttivo (e non solo critico) di V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., 137 ss.

esistenti³⁸. Buona, innanzitutto, perché in quest'ambito esistono diversi operatori e agenti di polizia giudiziaria altamente qualificati – si pensi agli organi normalmente deputati ai controlli igienico sanitari (per es. il N.A.S. dei Carabinieri, i servizi veterinari e quelli di igiene alimentare delle aziende sanitarie locali, ecc.) – che dovranno coordinarsi con tutti gli altri (per es. I.C.Q.R.F., forestale, polizia locale, ecc.) per riuscire a impartire correttamente le prescrizioni necessarie; comandi, questi, che se necessario potranno essere controllati e modificati anche dal pubblico ministero³⁹.

Poi, al netto del più o meno significativo impatto sulla spinta dell'autore all'eliminazione del danno o del pericolo tramite condotte ripristinatorie/risarcitorie, l'istituto in analisi gli fornisce una via d'uscita amministrativa gestita (quasi) integralmente dall'organo accertatore. Sicché, l'istituto coinvolge ma non impegna troppo la magistratura: l'intervento del pubblico ministero sarà sicuramente ridotto al minimo⁴⁰.

Allo stesso tempo, però, quella di estendere il meccanismo estintivo al solo mondo della sicurezza alimentare è una scelta debole per l'efficientamento del processo e del sistema penale: meglio sarebbe stato cogliere la palla al balzo ed estenderlo anche ad altri ambiti compatibili del codice penale e della codicistica di settore: si pensi, solo per proporre uno dei tanti esempi, alle contravvenzioni esistenti in materia edilizia e urbanistica (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380)⁴¹.

Passiamo oltre.

Nella *food safety* l'istituto dell'estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni si applica agli illeciti penali contenuti nella legge speciale c.d. "generale" in materia (la l. 30 aprile 1962, n. 283)⁴²

³⁸ Si pensi solo al fatto che le contravvenzioni ambientali non sono estinguibili con i lavori di pubblica utilità; via di uscita, questa, ammessa nella legislazione penale-agroalimentare. Sul punto, sottolineando (correttamente) anche profili di incostituzionalità della disciplina ambientale, cfr. G. AMARELLI, *La procedura estintiva*, cit., 23 ss.

³⁹ Qualche preoccupazione è espressa da V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., 152.

⁴⁰ *Ivi*, 153 ss.

⁴¹ F. VERGINE, G. MICHELI, *La estinzione delle contravvenzioni*, cit., 497 ss.; poi S. MASINI, A. NATALINI, *Dall'abrogazione*, cit., 579 ss.

⁴² Sui profili penalistici di questa (vecchia) legge speciale, anche in questo caso senza alcuna pretesa di completezza, v. D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, in M. DONINI,

e a quelli contenuti nelle leggi speciali c.d. “specifiche”, a patto che: (a) siano puniti con la sola ammenda, con l’ammenda alternativa all’arresto o con la pena congiunta dell’arresto e dell’ammenda⁴³; (b) non concorrano coi delitti agroalimentari.

Sul primo punto (a), se esistano (e quanti siano) questi illeciti nel settore della *food safety* è ancora da verificare. Le singole leggi speciali c.d. “specifiche” sono molte e non mancano casi di leggi contenenti anche illeciti contravvenzionali (per es. l’art. 15 del d.lgs. n. 169 del 2004 in materia di integratori alimentari).

Da notare, poi, che il legislatore delegato ha inserito tra le contravvenzioni agroalimentari suscettibili della procedura in parola anche quelle che concernono la “tracciabilità” – il testo cita le

D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 21 ss.; L. BIN, F. DIAMANTI, *Analisi ragionata della casistica giurisprudenziale penale: in particolare artt. 439, 440, 442, 444, 446, 448 c.p. e art. 5 della l. 30.4.1962, n. 283*, in C. BOTTARI (a cura di), *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 303 ss., spec. 205 ss., 315 ss.; S. RIZZIOLI, *Le principali norme sanzionatorie relative al settore alimentare*, in L. COSTATO et al. (a cura di), *Compendio di diritto alimentare*, VIII ed., Milano, 2017, 287 ss.; A. MADEO, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, cit., 276 ss. Questo testo legislativo è stato ampiamente modificato, da ultimo, dal d.lgs. 02.02.2021, n. 27, recante “Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/625 in materia di controlli ufficiali sugli animali e le merci provenienti dagli altri Stati membri dell’Unione e delle connesse competenze degli uffici veterinari per gli adempimenti comunitari del Ministero della salute ai sensi dell’articolo 12, comma 3, lettere f) e i) della legge 04.10.2019, n. 117”, G.U. Serie Generale n. 56 dell’11.03.2021, reperibile qui: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/03/11/21G00034/SG>. L’art. 18 di quel testo legislativo ha abrogato quasi tutta la vecchia legge del 1962, a eccezione degli artt. 7, 10 e 22. Il guaio è che l’art. 18 ha abrogato anche gli artt. 5, 6, 12 e 12-bis della l. n. 283/62: il legislatore, però, accortosi dell’errore, ha poi rimediato con il d.l. 22.03.2021, n. 42 (in G.U. n. 72 del 24.03.2021). Sul tema, tra gli altri, si rimanda al nostro *Il sortilegio di von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari della l. n. 283/1962*, in *Sist. pen.*, 17 marzo 2021, 1 ss.

⁴³ Questo, ammesso che esistano contravvenzioni alimentari puniti con la pena congiunta, sembra consentire l’estensione del meccanismo riparativo-premiale anche agli illeciti contravvenzionali non coperti dalla possibilità di obblazionare ex art. 162 o 162-bis c.p.

contravvenzioni previste dalla presente legge e da altre disposizioni aventi forza di legge, in materia di igiene, produzione, *tracciabilità* e vendita di alimenti e bevande, che hanno cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie⁴⁴.

Qui s'intravede subito un grosso problema, perché le violazioni degli obblighi in materia di tracciabilità, fino a prova contraria, sono ancora protetti da mere sanzioni amministrative *ex art.* 2 del d.lgs. n. 190 del 2006. Forse la presenza di due progetti di riforma che non hanno mai visto la luce, nei quali il difetto di tracciabilità diveniva reato, unita alle molte operazioni analogiche *in malam partem* realizzate dalla giurisprudenza su questo tema⁴⁵, hanno comprensibilmente indotto in errore il legislatore delegato.

Quanto al secondo limite, quello che abbiamo indicato col punto (b), in un'ottica di conservazione e di sviluppo dell'istituto in analisi, sarebbe forse opportuno estendere *in bonam partem* la sua operatività concreta e non interpretare la nuova legge in modo letterale. Il "concorso" di cui parla il legislatore, infatti, potrebbe non essere inteso come una contestualità occasionale tra delitti e contravvenzioni – il che, beninteso, non giustificerebbe affatto l'inapplicabilità del meccanismo premiale –, ma solo come una stretta correlazione fattuale che sussiste quando la condanna per il concorrente delitto dipende dalla prova della contravvenzione (il criterio è dettato per altri fini dall'art. 24, l. n. 689 del 1981)⁴⁶.

4.2. Ripristino o risarcimento

Il problema è presto detto.

Il nuovo art. 12-ter della l. n. 283 del 1962, consente l'operatività del meccanismo premiale di cui si discute in presenza di condotte che hanno cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte *ripristinatorie o risarcitorie*.

⁴⁴ Il corsivo è nostro.

⁴⁵ Su questa tendenza si consenta il rinvio al nostro *Stargate*. «Latte non tracciato, latte mal conservato» [art. 5, comma, 1, lett. b), legge n. 283/62], in *Diritto agroalimentare*, 1, 2017, 125 ss.

⁴⁶ Così V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., 151 ss.

Iniziamo col dire che la stragrande maggioranza delle contravvenzioni agroalimentari – quindi sia quelli presenti nella l. n. 283 del 1962, sia tutti gli altri sparpagliati in modo disordinato qua e là nell’ordinamento – sono illeciti di pericolo c.d. “presunto”; quindi, sono reati pensati per colpire carenze d’igiene e di salubrità di alimenti e bevande, note spie dei più disparati danni alla salute individuale e collettiva dei consumatori. In quelle disposizioni non è richiesta la verifica di un danno: è vero che, in fondo, i beni giuridici possono essere inventati come le storie⁴⁷, ma con il c.d. “ordine alimentare” si sono raggiunti livelli davvero insostenibili, anche perché si tratta di un *escamotage* ermeneutico ideato dalla giurisprudenza per trasformare, contro il limite dell’art. 25, comma 2, Cost., i reati di pericolo in illeciti penali di danno ed estendere le incriminazioni oltre il dettato legislativo⁴⁸.

Ebbene, a noi pare che esistano senz’altro alcune situazioni in cui l’istituto di cui si discute possa operare; anche perché, normalmente, le mancanze in materia d’igiene sono rilevate ai danni di operatori sistematicamente (e non solo occasionalmente) carenti su questo fronte: quindi non si tratta quasi mai di elidere il danno o il pericolo generato da uno o due prodotti trovati non conformi alla legge – e sequestrabili con poco sforzo – ma di aggiustare una vera e propria attitudine, sensibilizzando l’autore al rispetto della sicurezza alimentare. Si pensi proprio al caso di una serie di alimenti trovati in cattivo stato di conservazione, oppure ad altre modalità estrinseche di mantenimento che possono essere pretese dall’ente accertatore, o al caso di alimenti trovati privi della data di scadenza, o tenuti in un ambiente caratterizzato da particolare degrado ecc. Qui, tra le altre cose, sarebbe possibile prescrivere una ampia e radicale modifica del modo di produrre, di vendere, di detenere per vendere, ecc., regolarizzando e compensando tutte le carenze

⁴⁷ K. VOLK, *Marktmissbrauch und Strafrecht*, in *Fest. Hassemer*, Heidelberg, 2010, 915 ss., citazione a 916 *Rechtsgüter kann man erfinden wie Stories*. Per una sintesi dell’evoluzione della categoria del bene giuridico sia consentito il rinvio al nostro *Un «chiarimento meritevole»*. *Note insolite sui primi passi del bene giuridico: un omaggio a Johann Michael Franz Birnbaum*, in *Indice penale*, 1, 2021, 173 ss.

⁴⁸ Si consenta, ancora una volta, il rinvio al nostro *Stargate*, cit., 125 ss.

igieniche dei locali, degli strumenti e dei macchinari, del sistema “Hazard analysis and critical control points” (HACCP) e così molto oltre⁴⁹.

Rimane l'alternativa della condotta risarcitoria.

Non ci soffermeremo molto su questo punto, ma basterà qui richiamare alcuni dubbi già sollevati da una parte della letteratura: posto che davanti a reati di pericolo presunto non è ben chiaro chi sia, in questi casi, la vittima da risarcire, il legislatore delegato ha forse voluto riferirsi soprattutto a enti o associazioni portatrici d'interessi collettivi in materia di sicurezza alimentare⁵⁰. A ogni modo, per favorire la più ampia operatività della riforma, si potrebbe – anzi, a nostro avviso si “dovrebbe” – prendere spunto dalla sicurezza del lavoro e dall'ambiente, estendendo anche qui il meccanismo agli illeciti contravvenzionali davanti ai quali qualsiasi regolarizzazione risulti materialmente e/o giuridicamente impossibile per l'indagato⁵¹. La base normativa d'appoggio, com'è già successo negli ambiti poc'anzi citati, potrebbe essere l'art. 15, comma 3, d.lgs. n. 124 del 2004, il quale, come noto, ha introdotto legislativamente (e per la prima volta) questa possibilità in materia di previdenza sociale e di lavoro⁵². Si tratterebbe peraltro di una estensione analogica *in bonam partem*; dunque, un'operazione pienamente

⁴⁹ Lo rileva correttamente anche V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., 150 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, 147 ss.

⁵¹ *Ex multiplis*, v. Cass. pen., sez. III, 16.06.2009, n. 24791; Cass. pen., sez. III, 03.05.2011, n. 34750; Cass. pen., sez. III, 22.02.2017, n. 8706; Cass. pen., sez. III, 24.08.2018, n. 38884; Cass. pen., sez. III, 26.08.2019, n. 36405 (per il settore ambientale, in cui è avvenuto lo stesso, cfr. Cass. pen., sez. III, 18 aprile 2019, n. 36405; Cass. pen., sez. III, 26 agosto 2019, n. 35405). Benché siano critiche qui non integralmente condivise, è bene precisare come questa scelta ermeneutica sia stata aspramente ostacolata da una parte della letteratura, per tutti cfr. V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 595 ss., 612 ss.; ID., *Contravvenzioni extra-codicem*, cit., 249. Taluni, a seguito di questa estensione applicativa, hanno evidenziato addirittura una possibile mutazione dogmatica dell'istituto, il quale pare passato dall'essere un'ipotesi estintivo-premiale a un caso di sostanziale depenalizzazione. Così, per tutti, V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codicem*, cit., 251; sul dibattito più generale inerente all'inquadramento dogmatico di questo meccanismo v. già G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., 186 ss.

⁵² Per una disamina più accurata, v. L. IERO, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, in *Lavoro e giur.*, 2004, 637 ss.

legittima anche alla luce dei limiti di cui all'art. 25, comma 2, Cost.⁵³. Tutto ciò, a patto di modificare alcuni punti ancora critici (v. *infra* § 4.3), non potrebbe essere considerata sostanziale depenalizzazione, perché la minaccia del procedimento penale – di per sé già una “pena” – rimarrebbe reale.

4.3. *E i recidivi?*

Il legislatore delegato non ha considerato la reiterazione.

I limiti imposti sono tutti di natura obiettiva, ma anche i profili relativi alla persona dell'autore contano. Su questo punto sarebbe stato senz'altro meglio riservare la procedura estintivo-premiale agli autori primari; oppure, sempre in un'ottica di massima operatività dell'istituto, sarebbe stato meglio escluderne quantomeno l'accesso ai recidivi reiterati specifici. E tutto questo anche alla luce dell'auspicata estensione della procedura estintiva agli illeciti contravvenzionali a condotta c.d. “esaurita”: un conto è non considerare gli aumenti per la recidiva nelle contravvenzioni (*ex art. 99 c.p.*), altra cosa è concedere un numero illimitato di volte un meccanismo estintivo come l'oblazione facoltativa (concessione correttamente impedita dall'art. 162-*bis*, comma 3, c.p.) o come quello oggetto del presente contributo. La sostanziale rinuncia allo strumento penale in materia di sicurezza agroalimentare, qui assolutamente non condivisa⁵⁴, è da evitare; ma se si consente al recidivo o al plurirecidivo di accedere a un beneficio applicabile anche a reati a condotta esaurita, allora la capacità economica dell'autore finisce per determinare, di fatto, una *depenalizzazione selettiva* delle contravvenzioni esistenti.

⁵³ Così anche V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., 137 ss.

⁵⁴ Una radicale (e anche solo “sostanziale”) depenalizzazione delle contravvenzioni, soprattutto in questo particolare settore, *non* è auspicabile, come abbiamo già sostenuto nel nostro *Il sortilegio di von Kirchmann*, cit., 1 ss.

5. *Ultimi disegni (AC 823 e AC 1004)*

Nel mese di giugno hanno preso vita altre due proposte di legge, ci si riferisce ad AC 823 e 1004, rubricate entrambe “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di illeciti agro-alimentari”, che riprendono assai poco i disegni precedenti (per es. AC 2427 o gli sventurati esiti della Commissione del 2015 presieduta da Giancarlo Caselli).

Diciamo subito che i due nuovi affreschi legislativi si propongono anche d'intervenire sui nuovissimi artt. 12-ter ss. della l. n. 283 del 1962. Ebbene, in questo senso entrambi i d.d.l. istituiscono per ora una forma di oblazione specifica per le contravvenzioni in materia di alimenti, sicurezza, tracciabilità e igiene alimentare, punite con la pena dell'ammenda, anche alternativa a quella dell'arresto e la cui consumazione è dipesa da eventi inerenti a un contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro che possono essere neutralizzati o rimossi.

Tra le varie modifiche suggerite da quest'ultimo legislatore rispetto alla disciplina attualmente in vigore – ben poco allineate alle principali critiche emerse nel dibattito dottrinale –, i ristretti spazi a disposizione ci consentono solo di notare un'indesiderata abrogazione della prestazione di lavoro di pubblica utilità, prevista dalla riforma Cartabia come (giusta) alternativa al pagamento in sede amministrativa. Invece che estendere questa possibilità ai meccanismi estintivi esistenti negli altri settori, ora proviamo inspiegabilmente, a eliminarla.

6. *Staremo a vedere*

C'è in gioco molto di più dell'estinzione di quelle poche contravvenzioni agroalimentari effettivamente contestate sul territorio italiano. Non v'è dubbio che l'estensione del meccanismo di cui si è discusso aggiunga un mattoncino alla costruzione del tempio della versione più efficace dell'idea di “riparazione”⁵⁵; tuttavia, non bisogna mai dimenti-

⁵⁵ È proprio un meccanismo a elevato valore umanistico (così M. DONINI, *Efficienza*, cit., 591), orientato all'efficientamento del sistema penale, alla riduzione della durata dei procedimenti – inutile ricordare, ancora una volta, che l'Italia è il primo Paese per

care quella tragica ipertrofia normativa che caratterizza, oggi come ieri, il nostro ordinamento. Quell'enorme fiume di incriminazioni che ha già da tempo imposto di passare «dal boia all'esattore»⁵⁶.

Il legislatore delegato (al netto di qualche svista) ha svolto un lavoro di riforma di grande pregio, estendendo correttamente il meccanismo estintivo al mondo della sicurezza agroalimentare. Avrebbe potuto senz'altro fare di più; avrebbe potuto razionalizzare meglio le varie discipline esistenti nei singoli settori (sicurezza del lavoro, privacy, ambiente, sicurezza agroalimentare, ecc.); avrebbe potuto estendere il "modello" così creato a molti altri ambiti e, forse, a tutte le contravvenzioni esistenti, laddove compatibili; avrebbe potuto disciplinare l'accesso al meccanismo estintivo per gli autori recidivi e così oltre.

Ora qualcosa torna a muoversi (il riferimento è ai d.d.l. 823 e 1004), ma non promette nulla di buono: a ogni modo, i problemi che sta segnalando la dottrina non sembrano, per ora, essere stati presi in considerazione. Occorre procedere senza ritardo con la promozione, ermeneutica e legislativa, di correttivi capaci di rendere davvero operativa, senza peggiorarla, la disciplina attuale. La letteratura ha già iniziato a occuparsene, peraltro con grande serietà e impegno⁵⁷.

Sarebbe bene che il legislatore prendesse spunto.

numero di condanne da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 Cedu (cfr. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf) – agli investimenti sul personale, a quelli sull'edilizia, alle innovazioni in materia di digitalizzazione, ecc. (cfr. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale*, cit., 3). Sui rapporti tra riparazione e diritto penale, per tutti e senza alcuna pretesa di completezza, v. M. DONINI, *Il diritto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 236 ss. con ampia bibliografia alla quale si rinvia integralmente.

⁵⁶ Questa espressione, utilizzata anche nel titolo, è di V.B. MUSCATIELLO, *La tutela altrove, Saggio sulla tutela dell' homo faber nel codice penale*, Torino, 2004, 181 ss.

⁵⁷ Il dibattito è iniziato e ha già fornito importanti spunti utilizzabili dalla giurisprudenza e dal legislatore. Tra gli altri (e oltre ai nostri interventi già citati), cfr. soprattutto S. MASINI, A. NATALINI, *Dall'abrogazione*, cit., *passim*; V. PACILEO, *Una modesta risposta*, cit., *passim*; A. MARTUFI, *La definizione anticipata*, cit., *passim*; G. AMARELLI, *La procedura estintiva*, cit., 23 ss.

LA RIFORMA ORGANICA DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

NUOVE PROSPETTIVE

Elena Mattevi

La riforma Cartabia che ha interessato la giustizia penale è stata introdotta con la l. 27.09.2021 n. 134, attuata con il d.lgs. 10.10.2022 n. 150. Entrata in vigore da qualche mese (dal 30.12.2022) dopo un breve differimento contenuto nel c.d. decreto *rave*, il primo del Governo Meloni, essa nasce come necessaria a fronte di una sorta di *ultimatum* dell'Unione europea che ha condizionato l'erogazione dei fondi del *recovery plan* anche alla riforma della giustizia penale. L'obiettivo era naturalmente quello di assicurarne una maggior efficienza.

La stella polare della deflazione si sarebbe potuta seguire attraverso una seria strategia di depenalizzazione, ma questo avrebbe richiesto una selezione faticosa degli illeciti da sottrarre al sistema penale. Gli illeciti in questione avrebbero dovuto avere una seria incidenza statistica e avrebbero dovuto essere avvertiti come non meritevoli di una reazione punitiva; requisito difficile da integrare, in un clima caratterizzato da una ricerca dilagante di risposte penali.

La strategia prescelta è stata allora quella di rafforzare o introdurre nel sistema istituti volti a favorire una rapida uscita dal processo, destinati a operare in concreto, caso per caso¹.

Un esempio in tal senso è sicuramente quello offerto dalla querela. Con la riforma sono stati aumentati di molto i reati procedibili a que-

¹ Per uno sguardo complessivo sulla riforma cfr. M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 1 ss. In questo volume cfr. S. FIORE, *Uno sguardo complessivo sui profili sostanziali della riforma Cartabia*.

rela, includendovi fattispecie come il sequestro di persona, la violenza privata e quasi tutte le ipotesi di furto aggravato².

Grazie alla querela, che lascia in mano al soggetto offeso la valutazione in merito all'opportunità di accertamento dei fatti – e quindi anche alla punibilità di un reato –, si opera una selezione di fatti di reato in entrata e in uscita dal procedimento penale, visto che la querela è rimettibile e che, per i reati procedibili a querela, è possibile ottenere l'estinzione del reato anche contro la volontà della persona offesa (art. 162-ter c.p.) con la riparazione del danno mediante restituzioni e risarcimento.

Nel quadro sopra illustrato era difficile immaginare che si riuscisse a realizzare una riforma organica del sistema sanzionatorio, con la previsione di nuove tipologie sanzionatorie già a livello di comminatoria edittale. La pena detentiva – salve le già note ipotesi di pena pecuniaria – è rimasta purtroppo la prima risposta che si riscontra nel sistema a fronte della commissione di un reato³.

Con un certo coraggio tuttavia (e per ferma volontà della Ministra Cartabia) la riforma ha introdotto – oltre alle modifiche analizzate nel corso della prima giornata di lavori – una disciplina organica della giustizia riparativa⁴, entro la quale si collocano tutti quei programmi, come la mediazione, che consentono alla vittima, alla persona indicata come

² Sul punto cfr. G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2023, 63 ss.

³ Sui limiti di questa scelta, anche in relazione al ruolo della giustizia riparativa, cfr. L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2023, 79 ss.

⁴ Come è stato ben chiarito da P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema pen.*, 27 febbraio 2023, 3, in merito al delicato rapporto tra deflazione e giustizia riparativa: la «deflazione processuale non può assolutamente esaurire la pluralità di istanze che la GR è chiamata a soddisfare». G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio pen.*, 31 maggio 2022, 14 precisa che: «una funzione deflativa, per esempio, potrebbe far perdere di vista i veri obiettivi della giustizia riparativa (riconoscimento della dignità dell'altro, riparazione, riconciliazione), relegando quest'ultima a un mero strumento di contenimento del carico penale». Cfr. sul punto F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2021, 10; L. PARNATO, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisognerà "mediare"*, in *Giust. insieme*, 4 luglio 2022.

autore e ad altri soggetti della comunità di partecipare liberamente alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato con l'aiuto di un mediatore. Pochissimi Stati hanno adottato una normativa così ampia in materia, anche se il modello riparativo non può considerarsi del tutto nuovo, quanto piuttosto una costante antropologica⁵.

Questa seconda giornata di lavori ci impone di riflettere proprio su questo importante tassello della riforma, che può aprire prospettive davvero interessanti, se troverà, da un lato, un terreno disponibile ad accoglierla e, dall'altro – prima ancora – una sua piena attuazione. Andiamo quindi a citare i profili più importanti di tale disciplina, prima di evidenziare le questioni più delicate che rimangono aperte e lasciare quindi la parola ai relatori della sessione.

1. Come si legge nell'Appendice della Raccomandazione Rec(2018)8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale,

la giustizia riparativa può essere utilizzata in ogni fase del procedimento penale. Ad esempio, può essere associata a una forma di diversione dall'arresto, dall'esercizio dell'azione penale o dal perseguimento penale del fatto, può essere usata congiuntamente all'archiviazione di polizia o giudiziaria, può intervenire prima o parallelamente al perseguimento penale del fatto, può collocarsi tra l'accertamento di responsabilità e la comminazione di una pena, può costituire parte di una pena o intervenire dopo la comminazione o l'espiazione della stessa (art. 6).

Coerentemente con queste affermazioni, la scelta che ha fatto il legislatore nazionale è stata quella di aprire le porte alla giustizia riparativa per qualsiasi illecito penale e in ogni stato e grado del procedimento – ma anche prima e dopo di esso (art. 44 d.lgs. 150/2022) – con una generalizzata valorizzazione dell'esito riparativo in termini di diminuzione della pena o di facilitazione dell'accesso alle misure alternative alla detenzione.

⁵ G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2020, 20.

Certo, qui la logica punitiva non viene disinnescata, ma la prospettiva riparativa e quella punitiva si incontrano virtuosamente⁶.

Solo in presenza di reati procedibili a querela la giustizia riparativa è capace di disinnescare effettivamente la dinamica punitiva.

Per entrare più nel dettaglio, è necessario ricordare che la disciplina organica della giustizia riparativa non è stata inserita nel codice penale o in quello di procedura penale – per il resto riformati in più punti – ma dovrà rimanere un punto di riferimento imprescindibile per applicare gli istituti che la richiamano e che permettono di valorizzare i programmi riparativi, soprattutto se conclusi con l'esito positivo, che si sostanzia in un accordo dal contenuto simbolico e/o materiale (art. 56 d.lgs. 150/2022).

La disciplina organica, contenuta nel titolo IV del d.lgs. 15/2022, si apre con una serie di definizioni – tra le quali spiccano, per la loro centralità, quella di giustizia riparativa e quella di esito riparativo – e con i principi e gli obiettivi della *restorative justice* in materia penale (capo I, sez. I). Si disciplinano quindi l'accesso ai programmi (capo I, sez. II), le garanzie (capo II), lo svolgimento dei programmi e la valutazione dell'autorità giudiziaria (capo III). Un capo autonomo è dedicato alla formazione dei mediatori esperti e ai requisiti per l'esercizio dell'attività (capo IV) e un ulteriore capo alla disciplina dei servizi per la giustizia riparativa (capo V)⁷.

Per quanto riguarda i profili di diritto penale sostanziale, la disciplina di diversi istituti è stata modificata per consentire al giudice la descritta valorizzazione di programmi ed esiti riparativi. Il programma può influenzare – ma solo nelle conseguenze positive per la persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 comma 2 d.lgs. n. 150/2022) – la vicenda giudiziaria.

⁶ Sul rapporto tra paradigmi cfr. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, 67 ss.; G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *Legisl. pen.*, 2 febbraio 2023, 10 ss.; R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2022.

⁷ L'art. 42 comma 1 lett. f definisce i servizi come: «tutte le attività relative alla predisposizione, al coordinamento, alla gestione e all'erogazione di programmi di giustizia riparativa».

Per quanto riguarda i reati perseguibili a querela, anche se è fisiologico immaginare che il querelante rimetta la querela in ipotesi di esito riparativo, è stata introdotta un'ipotesi di remissione tacita per le ipotesi in cui «il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo», sempre che, se l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, essi siano stati rispettati (art. 152 comma 3 n. 2 c.p.).

I programmi possono essere poi inseriti come parte del programma di messa alla prova – non più riferita unicamente alla mediazione penale (art. 464-*bis* comma 4 lett. c c.p.p.) – e possono essere valorizzati – anche se con maggiori incertezze⁸ – come “condotta susseguente al reato” per valutare le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo nell'ambito del riformato art. 131-*bis* c.p., contribuendo per tale via, insieme ad altri indici o condotte positive, alla deflazione.

Per il resto, gli effetti della giustizia riparativa si producono sul *quantum* di pena, in chiave mitigatoria, grazie a una nuova attenuante comune, al richiamo all'art. 133 c.p. contenuto nell'art. 58 d.lgs. n. 150/2022, a un piccolo intervento operato sulla disciplina della sospensione condizionale della pena (per l'abbreviazione del termine di sospensione) e, per quanto riguarda l'applicazione di misure alternative alla detenzione, in base al nuovo art. 15-*bis* l. n. 354/1975.

Forse la più delicata, nella sua operatività, è la previsione di una specifica attenuante comune in ipotesi di esito positivo, ben distinta dalla mera inclusione dell'esito riparativo nei parametri di commisurazione che attengono alla discrezionalità del giudice, ma senza un chiaro coordinamento tra le norme, visto che – per esempio – anche se la formulazione è diversa (solo l'art. 62 n. 6, come riformato, richiede espressamente il rispetto degli impegni assunti), la Relazione Illustrati-

⁸ Si veda sul punto, in questo volume, il contributo di I. MERENDA, *Novità in materia di particolare tenuità del fatto*, nonché M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 121 ss. Come rileva F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sistema pen.*, 27 febbraio 2023, 9, «la nuova formulazione non è “pensata” per una specifica valorizzazione dei programmi di GR».

va al decreto chiarisce che nella discrezionalità dosimetrica prevista dall'art. 133 del codice penale, il giudice tiene conto anche di tale elemento [l'aver partecipato l'imputato a un programma di giustizia riparativa, quando lo stesso si sia concluso con esito riparativo], nell'ambito della valutazione complessiva che il medesimo è chiamato a fare, ovviamente tenendo conto anche dell'adempimento degli obblighi comportamentali, laddove assunti, o del mancato adempimento, per cause non imputabili all'interessato⁹.

Per la fase esecutiva si è aperta la porta alla valorizzazione sia della partecipazione al programma – al quale i condannati e gli internati possono accedere su base volontaria, anche su iniziativa dell'autorità giudiziaria – sia dell'esito riparativo, principalmente per quanto attiene all'applicazione di misure alternative alla detenzione. In base al nuovo art. 15-*bis* l. 354/1975 – riprodotto in termini analoghi nell'art. 1-*bis* d.lgs. 121/2018 –, infatti, il programma e l'esito sono valutati ai fini della concessione dei c.d. benefici penitenziari e più precisamente dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e di tutte le misure alternative di cui al capo VI del titolo I della l. 354/1975, oltre alla liberazione condizionale, con divieto di valutarne invece la mancata effettuazione, l'interruzione o l'esito negativo.

Lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono stati inseriti poi tra gli elementi da valutare per l'estinzione della pena e di ogni effetto penale nell'ambito dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 comma 12 l. 354/1975).

⁹ Per un approfondimento sul punto, con riferimento al delicato tema della doppia valutazione, sia consentito rinviare a E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 261 ss. In questo volume cfr. i significativi interventi di R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto* e M. PELISSERO, *Guardando avanti*.

2. Le questioni che si aprono con questa nuova disciplina sono diverse.

Innanzitutto ci si può chiedere se il legislatore avrebbe dovuto avere più coraggio nel valorizzare programmi ed esiti riparativi¹⁰.

La legge delega non offriva chiare indicazioni sul punto e non chiedeva – come sarebbe stato auspicabile – una sistematizzazione di tutti gli istituti capaci di accogliere al loro interno la giustizia riparativa.

Così, se gli esiti riparativi sono in grado di incidere sempre sulla severità della reazione punitiva, non determinano invece, come abbiamo visto, effetti giuridici dirompenti sotto il profilo dell'*an* della responsabilità penale.

Un istituto su cui sarebbe stato importante intervenire è la causa estintiva delle condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.), caratterizzata ancora troppo da una scarsa sensibilità riparativa.

Al giudice viene chiesto di verificare la riparazione integrale del danno civile, mediante le restituzioni o il risarcimento, mentre la riparazione di quello criminale, mediante l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (“ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato”), deve essere operata solo ove possibile.

La riparazione materiale, che si attua mediante la corresponsione di una somma di denaro quale corrispettivo per il danno subito, non è priva di importanza per la vittima, anche in prospettiva conciliativa, ma non esaurisce la complessità dei contenuti della riparazione, soprattutto in ambito penale, dove l'offesa non coincide con il danno civile e non può essere semplicemente monetizzata.

Per quanto riguarda il sistema complessivo della giustizia riparativa, invece, è imprescindibile prestare una grande attenzione alla fase di creazione delle strutture chiamate a gestire i programmi, nonché alla loro implementazione.

Allo stato i Centri per la giustizia riparativa – strutture pubbliche alle quali «competono le attività necessarie all'organizzazione, gestione, erogazione e svolgimento dei programmi di giustizia riparativa» (art. 42

¹⁰ In questo senso si è espresso F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, cit., 16.

c. 1, lett. g) – non sono presenti ovunque sul territorio italiano e, laddove presenti, non hanno le medesime caratteristiche, anche sul piano della composizione del personale. Nella maggior parte dei casi, i Centri esistono solo in forza di convenzioni o protocolli stipulati periodicamente con le Regioni e con gli enti locali, senza alcuna garanzia di continuità.

In base alla disciplina organica, il sistema dovrebbe fare capo a una Conferenza nazionale istituita presso il Ministero della Giustizia (art. 61 d.lgs. 150/2022), con funzioni di supporto di quest'ultimo nella programmazione delle risorse, nella definizione dei livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa e nel monitoraggio dei risultati. Presso ciascun distretto di Corte d'Appello, invece, verrà creata una Conferenza locale (art. 63 d.lgs. 150/2022) che ha il delicato compito di individuare uno o più enti locali a cui affidare l'istituzione e la gestione dei Centri per la giustizia riparativa¹¹.

Presso i Centri saranno chiamati a operare i mediatori esperti, che acquisiranno questa qualifica all'esito di un periodo di formazione pratica e teorica (iniziale e continua) organizzata dalle Università e dagli stessi Centri (art. 59 d.lgs. 150/2022) e che dovranno essere inseriti in uno specifico elenco istituito presso il Ministero della Giustizia (art. 60 d.lgs. 150/2022).

All'interno del titolo VI («Disposizioni transitorie, finali e abrogazioni»), infine, troviamo la disciplina transitoria, in forza della quale si imporrà la ricognizione dei servizi attualmente erogati da soggetti pubblici o privati (art. 92 d.lgs. 150/2022) e si redigerà un primo elenco ministeriale di mediatori esperti già in possesso dei requisiti di professionalità e di esperienza, secondo quanto specificato dall'art. 93 d.lgs. 150/2022.

I mediatori esperti saranno i veri protagonisti della svolta riparativa impressa al sistema giudiziario dalla riforma Cartabia.

Molte sono le responsabilità che graveranno sulle loro spalle e proprio per questa ragione sarà decisivo attivare dei percorsi formativi seri, che la riforma ha delineato, ma che dovranno essere meglio definiti da

¹¹ Per approfondimenti cfr. C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: "infrastrutture" e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2023, 104 s.

decreti ministeriali successivi e che, soprattutto, dovranno essere effettivamente attuati dalle Università in stretta collaborazione con i Centri.

È bene ricordare poi che i primi mediatori chiamati a gestire i programmi non saranno quelli formati in base alla disciplina introdotta con la riforma, ma coloro che già hanno acquisito, in base a corsi formativi seguiti in passato e all'esperienza consolidatasi negli anni, i requisiti necessari per l'iscrizione nell'elenco. Sarà quindi indispensabile monitorare con attenzione questo primo momento di accreditamento, nella speranza che gli elenchi non siano da subito eccessivamente popolati – precludendo di fatto ai nuovi mediatori esperti di poter avvicinarsi a questa professione – e allo stesso tempo non rimangano vuoti per troppo tempo, impedendo alla riforma di spiccare il volo.

I mediatori, poi, hanno bisogno di costruire presto una solida rete di relazioni con diverse istituzioni.

Una volta creati i Centri su tutto il territorio nazionale, è auspicabile che tutti gli operatori del diritto – magistrati, avvocati, funzionari del servizio sociale chiamati a operare nel sistema giudiziario e rappresentanti delle associazioni a tutela delle vittime – lascino da parte le posizioni di principio e si siedano attorno a un tavolo coordinato dai mediatori esperti, al fine di definire delle linee guida condivise per la miglior gestione dei programmi. È indispensabile chiarire alcuni aspetti che la disciplina organica non ha definito nel dettaglio, anche per favorire soluzioni flessibili e adatte alle specificità territoriali.

Per esempio è importante che ci sia chiarezza sui contenuti delle relazioni che verranno trasmesse all'autorità giudiziaria, dalle quali non dovrebbero mai trasparire – salva l'ipotesi particolare della sospensione del procedimento con messa alla prova o della giustizia riparativa in fase esecutiva, in cui si deve poter valorizzare anche la mera partecipazione della persona indicata come autore dell'offesa – giudizi o informazioni in merito a chi ha deciso di non dare corso al programma o al responsabile del fallimento del percorso. Così è allo stesso modo importante che ci sia chiarezza sulla varietà dei programmi a disposizione e sulla possibilità di accedere in concreto a programmi con vittima aspecifica, sulla presenza di mediatori specializzati nella gestione di programmi con minori e sui rapporti in essere con le associazioni di assistenza alle vittime.

Fatte queste premesse, lasciamo quindi la parola ai relatori.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: PROFILI GENERALI E LINEAMENTI DELLA RIFORMA

Giovannangelo De Francesco

SOMMARIO: *1. Il nuovo modello e il metodo per comprenderlo. 2. Su alcune pretese 'ascendenze' storiche. Vendetta, composizione, giustizia pubblica, nello specchio dei destini delle parti in conflitto. 3. La 'svolta' della giustizia riparativa. 4. Rieducazione e riparazione: i termini del dibattito. 5. La giustizia riparativa quale paradigma della rieducazione. 6. Una parentesi istruttiva: i rapporti tra i principi costituzionali e le loro implicazioni sulla tematica della rieducazione-riparazione. 7. La c.d. complementarietà del recente modello. I fini reconditi della disciplina 'organica' della materia. 8. 'Declassare' la finalità rieducativa? Una proposta irricevibile.*

Anzitutto, un vivo ringraziamento alle care Elena Mattevi e Antonia Menghini – entrambe studiosse di primo rango della rieducazione e della giustizia riparativa – come pure al loro maestro e amico di sempre Gabriele Fornasari, per l'invito a questo Convegno prestigioso e di grande respiro culturale. Sulla scia delle parole di Elena, cercherò di sviluppare alcune riflessioni sulla problematica della giustizia riparativa (sotto un profilo generale e nell'ottica della riforma), sperando di non deludere le aspettative dell'ampio e qualificato novero di partecipanti a queste nostre Giornate di Studio.

1. Il nuovo modello e il metodo per comprenderlo

La tematica della giustizia riparativa travalica i confini delle questioni di interesse strettamente 'tecnico', molto più di quanto non accada in altri settori che pure assumono una particolare rilevanza nel quadro delle ideologie di fondo proprie della nostra disciplina. In effetti, sullo sviluppo di tale modello convergono, com'è ben noto, correnti di pensiero, a livello filosofico, antropologico, etico-sociale e politico-culturale, i cui tratti qualificanti vengono a imprimersi, per così dire, in

forma quasi ‘speculare’ sulla stessa elaborazione (e attuazione in concreto) dei relativi programmi, essendo proprio nel quadro di tali più vasti orizzonti che è andata maturando con particolare vigore la persuasione circa l’attitudine dell’idea riparativa a favorire un atteggiamento più consapevole circa le problematiche della risposta alla devianza.

Da tale punto di vista, il rischio maggiore da evitare è quello di offrire una visione limitata (se non addirittura fuorviante) del fenomeno in esame, facendola coincidere – in misura più o meno accentuata – con una mera esigenza ‘deflattiva’ del carico della giustizia penale, mediante il ricorso alla soluzione più rapida ed ‘economica’ di una sorta di ‘accomodamento’ consensuale in grado di soddisfare gli interessi delle parti. In realtà, la fisionomia della *restorative justice* quale si profila nell’ambito degli indirizzi più evoluti e sensibili alle sfide intellettuali del nostro tempo supera e trascende il perseguimento di simili obiettivi: piuttosto, tale forma di giustizia, lungi dal semplificare e ‘sveltire’ la definizione dell’esito della controversia, esige, all’opposto, una sofferta e impegnativa rielaborazione del significato e delle scaturigini profonde del conflitto alla base dell’illecito, sì da consentire, mediante il dialogo tra colpevole e offeso, la rimozione delle sue influenze negative sul vissuto personale dei soggetti coinvolti.

Riservandoci di tornare sull’argomento, quanto detto dovrebbe tuttavia già bastare per avere ben chiaro come – al di là delle formule adottate per marcarne le distanze dalla giustizia punitiva – debba essere decisamente respinta l’idea di scorgere nel modello attuale elementi di affinità con quelle pratiche ‘compositive’ che hanno interessato i rapporti tra vittime e colpevoli nell’ambito di esperienze ormai lontane nel tempo e perfino, secondo alcuni, di ascendenza millenaria.

A tale riguardo, occorre premettere come possano darsi, almeno in linea tendenziale, due diversi atteggiamenti nel decifrare la storia degli istituti e delle categorie caratterizzanti un determinato ambito disciplinare. Il primo è quello consistente, per l’appunto, nella propensione a cogliere nelle soluzioni attuali il frutto di un processo di progressiva razionalizzazione e ‘modernizzazione’ di modelli già da tempo riconosciuti; il secondo indirizzo, viceversa, pur ammettendo talora la possibilità di rinvenire alcuni aspetti comuni rispetto alle esperienze trascorse, è interessato ad accentuare i profili di divergenza e di ‘distacco’ nei

confronti di quest'ultime, sì da rendere più nettamente percepibili i mutamenti profondi che hanno investito la materia considerata.

Ebbene, a noi sembra di poter dire come l'argomento affrontato in questa sede faccia apparire francamente azzardato adottare una chiave di lettura corrispondente a quella desumibile dalla prima impostazione. In effetti, se è pur vero che le vicende della giustizia penale lasciano talora riaffiorare nel corso del tempo alcune idee o paradigmi in funzione di 'archetipi' generali della materia (si pensi al riproporsi delle concezioni della pena come retribuzione o come prevenzione, ovvero dei sistemi di tipo accusatorio o inquisitorio), è altrettanto vero, tuttavia, che, non appena si vada ad approfondire, come appare necessario, l'effettiva dimensione storica dei modelli posti a confronto, accada sovente di dover constatare come risulti estremamente difficile riconoscere connessioni o somiglianze reciproche nel segno di una 'continuità' sul piano dei valori e delle stesse 'forme' e metodi di gestione in concreto dei conflitti venuti a manifestarsi nell'ambito della comunità sociale.

2. Su alcune pretese 'ascendenze' storiche. Vendetta, composizione, giustizia pubblica, nello specchio dei destini delle parti in conflitto

Alla luce di tali premesse, è necessario allora ricordare, entrando finalmente *in medias res*, come, non soltanto l'istituto della vendetta (quale risultava ancora riconosciuto nell'esperienza del basso Medioevo), ma anche, per l'appunto, il fenomeno delle 'composizioni' volte a evitare il ricorso a quest'ultima, si traducessero in una 'tutela' della vittima che sarebbe assai discutibile avvicinare alle scelte caratterizzanti le attuali tendenze 'riparative'. Invero, oltre al fatto che – come osservava il massimo criminalista dell'Ottocento (ossia Francesco Carrara) – siffatte composizioni davano, in realtà, "facile adito ai potenti di perseverare", sborsando delle somme per loro irrisorie, nella "via della violenza e della iniquità", v'è soprattutto da ricordare che lo stesso 'rango' e posizione sociale dell'offeso venivano a incidere in maniera determinante sulla misura del corrispettivo per il danno arrecato: di entità più elevata, laddove si fosse trattato di un nobile, di un ecclesiastico, del ti-

tolare di un'impresa o dell' esercente determinate professioni, molto più esigua, viceversa, nell'ipotesi in cui la vittima occupasse un gradino inferiore nella scala sociale e a maggior ragione qualora versasse in una condizione di schiavitù (con la conseguenza, peraltro, che, in quest'ultimo caso, la somma dovuta spettava di diritto a chi ne fosse il padrone); per non parlare, poi, del criterio fondato sul 'buon nome' della vittima del reato (tale da condurre, addirittura, all'esclusione di qualsiasi ristoro sul piano economico a favore delle donne ritenute 'di facili costumi').

Si potrebbe, è vero, facilmente obiettare come il fenomeno delle composizioni richieda pur sempre di venire collocato all'interno del contesto storico nel quale esso abbia avuto modo di manifestarsi. Ma la replica sarebbe altrettanto immediata e perentoria: appunto! Considerato il fatto che le attuali logiche riparative sottendono il riconoscimento di un vero e proprio 'diritto umano', sia a favore dell'offensore, sia, *a fortiori*, nei confronti della vittima dell'illecito, l'idea stessa di ravvisare un significato comune alle esperienze poste a confronto non può non rivelarsi a dir poco irragionevole, se non proprio addirittura paradossale.

D'altronde, anche ammesso – e non concesso – che simili rilievi non giungano a smentire in radice la postulata analogia tra i modelli considerati, resterebbe comunque decisiva la circostanza che quelle antiche composizioni costituivano pur sempre una scelta 'alternativa' rispetto alla vendetta: di modo che, nel momento stesso in cui venivano a sostituirla e a 'surrogarla' – facendo sì che, da potenziali 'vendicatori', la vittima, o chi per lei, assumessero il ruolo di 'creditori' per la somma dovuta – esse giungevano a riaffermarne, al contempo, la (perdurante) legittimità in guisa di un 'diritto' rientrante tuttora nella disponibilità di chi avesse subito l'offesa. E allora – una volta che di un simile diritto sarebbe perfino assurdo continuare a parlare dopo l'assunzione da parte dello Stato del compito di perseguire i reati (e, aggiungiamo, non meno ripugnante alla coscienza di chiunque avverta la profonda inciviltà di una tutela accordata a quella reazione primordiale) – anche il valore giuridico di una 'composizione' intesa come possibile alternativa alla vendetta non può non risultarne alterato e anzi irrimediabilmente privato del suo fondamento di legittimazione.

Si è sostenuto, peraltro (ed è questo un ulteriore – e non meno importante – aspetto della questione), come l'archetipo originario di una

‘violenza’ in funzione ‘vendicatrice’ avrebbe trovato una successiva ‘reincarnazione’ nelle stesse istituzioni repressive, dovuta all’affermarsi di un ‘monopolio’ della forza volto a interdire ai privati il diritto (e lo stesso dovere) di reagire con la violenza all’offesa ricevuta, ma con effetti, pur tuttavia, persino più penetranti quanto alla condizione di assoggettamento del colpevole all’intervento coercitivo da parte del potere sovrano.

Sarebbe impossibile affrontare in questa sede la tematica smisurata delle vicende storico-politiche collegate all’avvento del potere statale e ai suoi riverberi sull’assetto in chiave repressiva e ‘disciplinare’ degli apparati coercitivi. Ma a noi sembra, tuttavia, che la scelta di enfatizzare la visione dei pubblici poteri come ‘eredi’ e continuatori – sia pur sotto altre vesti e con diversi metodi d’intervento – di una siffatta logica vendicatrice (e non interessa troppo se in funzione ‘vicaria’ rispetto alla vittima oppure in guisa di *longa manus* del corpo sociale) rischia di lasciare in ombra alcuni aspetti di simili vicende destinati ad assumere una maggiore importanza nell’odierno dibattito sui diversi modelli di ‘giustizia’.

Quel che vogliamo dire è che, nella situazione attuale – essendo ormai trascorsi i tempi di una gestione marcatamente ‘autoritaria’ dello *jus puniendi* – ad assumere un rilievo preponderante è rimasto soprattutto, come si è acutamente notato, il carattere di astratta ‘terzietà’ insito nel carattere necessariamente pubblico dell’amministrazione della giustizia: un carattere, tuttavia, tale da comportare, insieme ai vantaggi, anche il dato negativo di asseverare un atteggiamento di ‘distacco’ e di sostanziale indifferenza rispetto alle condizioni, sotto il profilo umano e sociale, proprie delle vittime, così come, *mutatis mutandis*, degli stessi soggetti accusati di un reato.

Quanto alle prime, sono fin troppo noti, per vero, i rischi collegati a quei processi di vittimizzazione secondaria che vedono le persone offese sovente escluse dalla possibilità di far sentire la propria voce nell’ambito del procedimento – e che non è un caso, per l’appunto, abbiano ricevuto soltanto di recente una maggiore attenzione, per quanto insufficiente, volta a porre rimedio alle loro condizioni di particolare debolezza e ‘vulnerabilità’ (si pensi al novero crescente delle garanzie e dei benefici a loro favore: dalla previsione di strumenti più aggiornati di

comunicazione delle notizie inerenti al procedimento, a una più efficace assistenza durante e dopo il processo, al diritto a percepire più adeguati indennizzi per i danni e le spese ingiustamente subiti). Il che, tuttavia, nonostante il carattere meritorio di simili iniziative, non può far velo alla circostanza che, a ben vedere, è nella stessa conformazione sul piano strutturale del modello pubblico di giustizia la sua incapacità di assumere, per così dire, un atteggiamento di ‘umana vicinanza’ nei confronti delle vittime, il quale sia realmente in grado di alleviarne l’intima sofferenza e il profondo senso di smarrimento e di angoscia per il male ricevuto. L’ordinamento giurisdizionale difficilmente può arrivare a tanto; il ‘conflitto penalistico’, nel suo presentarsi come un fattore di ‘lacerazione’ dei rapporti interpersonali e come tale dotato di un carattere perturbante nella stessa sfera psichica ed ‘emozionale’ della persona offesa (e senza con questo voler sminuire la rilevanza del ‘danno’ oggettivamente arrecato, che è stato pur sempre il ‘responsabile’ di simili effetti), non sembra suscettibile di venire sedato in forza dei meccanismi ‘regolativi’ propri della giustizia ‘ufficiale’, quale si esprime nelle modalità di esercizio del potere punitivo.

Per quanto riguarda, poi, la persona del (potenziale) colpevole, ci sembra che si sia troppe volte indugiato, con forti accenti polemici – ma, a nostro parere, con scarsi risultati – sulla preferenza verso una declinazione in chiave ‘reocentrica’ delle scelte in materia di giustizia: con ciò volendosi significare che, pur senza ignorare i difetti di un eccessivo ritualismo e ‘formalismo’ delle procedure, sarebbe improvvido fare a meno di una visione improntata a un atteggiamento di particolare ‘cura’ e attenzione nei confronti del giudicabile, sì da evitare, questa volta, che, nel preoccuparsi delle vittime, il sistema possa ‘dimenticarsi’ delle prerogative e delle garanzie che dovrebbero circondare il destinatario dell’accusa e gli esiti (anche se sfavorevoli) della decisione che lo riguarda.

In realtà, a una simile opinione sembra mancare la consapevolezza che quelle garanzie fondamentali – che pure vengono sovente richiamate – non simboleggiano, a rigore (e quasi per ‘naturale virtù’, verrebbe da dire) l’intrinseca ‘superiorità’ del modello pubblico di giustizia. Esse, in verità, come ben sanno quanti si siano confrontati con l’evoluzione dei sistemi penali, vengono a rivestire, semmai, il ruolo, per certi

versi ‘antagonistico’ o, se si preferisce, ‘disfunzionale’, di *limitare* le potenzialità di quel modello, di circondarlo di ‘freni’, di rallentamenti, di intralci rispetto alla sua vocazione a perseguire – per quanto in forza di un potere *super partes* – i destinatari dell’accusa. E non è certo un caso, a ben guardare, che alcuni cultori della materia – inclusi autorevoli esponenti della dottrina processualistica – abbiano ammonito, proprio in tempi recenti, contro il pericolo che, dietro il paradigma dell’obiettività e della ‘terzietà’ del potere punitivo, la tendenza a celebrarne l’esclusività possa fornire una base di legittimazione a metodi d’intervento sempre più caratterizzati, complice lo stesso spirito dei tempi, dal predominio di un’algida e meccanica efficienza ‘tecnocratica’ nello scandire i ritmi (e, si direbbe oggi, persino gli ‘algoritmi’) dell’attività giurisdizionale: dei metodi, così si afferma, i quali finirebbero sovente col far premio su di una ‘cultura’ della giustizia che, senza pericolosi ‘automatismi’, a livello sia di indagini che di giudizi, si mostri più attenta, viceversa, a quei profili di carattere personalistico che siano in grado di illuminare il significato delle vicende da cui ha tratto origine il comportamento antisociale.

Anche questa volta, non si può sottacere, tuttavia, come la logica di tipo ‘istituzionale’ insita nel carattere pubblico della giustizia non sia in grado di soddisfare oltre certi limiti l’esigenza di ‘umanizzare’ il relativo *modus procedendi*, nel senso di (non poter) garantire una comprensione integrale degli aspetti singolari e irripetibili del vissuto personale dell’autore; detto altrimenti, l’azione dello Stato non può spingersi al di là di una sia pur relativa ‘omologazione’ del giudizio da formulare, come tale necessariamente rapportata al ‘tipo’ di motivazioni e al ‘genere’ di esperienze riferibili (anche) agli altri soggetti che vivano in comunità, essendo ben difficile – com’è stato icasticamente osservato – penetrare “nella testa” e nei particolari stati d’animo propri del singolo autore avvalendosi di quello schema di ‘ascrizione normativa’ del fatto che pure è l’unico a rivelarsi compatibile con i poteri attribuiti agli organi della giustizia penale.

3. La 'svolta' della giustizia riparativa

A ben vedere, è proprio in tale quadro d'insieme che viene allora a emergere il carattere profondamente innovativo dei percorsi e delle stesse finalità perseguite dalla giustizia riparativa. La quale è rivolta appunto ad assicurare un 'contatto interpersonale' tra i soggetti coinvolti nell'illecito, al fine di promuoverne un'interlocuzione, su basi paritarie, avente per scopo (non già un'ulteriore indagine circa la natura giuridica della *res iudicanda*, bensì) la conoscenza reciproca delle esperienze di vita, delle particolari condizioni, delle circostanze motivanti – e delle reazioni, più o meno intense e durature – che hanno riguardato la persona dell'Altro, in modo da favorire il raggiungimento di un'intesa idonea a placare il conflitto e a ricostituire (grazie all'esito riparativo) l'equilibrio compromesso. Un'intesa che, grazie alla sua vocazione 'stabilizzatrice' – della sua attitudine, cioè, a certificare l'intervenuta pacificazione, non solo tra i singoli interessati, ma, come evidenzia anche la recente Riforma, anche nei confronti della comunità (non a caso, suscettibile di venire coinvolta nella soluzione del conflitto) – riveste un importante significato anche sotto il profilo della generalprevenzione nella sua dimensione 'positiva', quale sarebbe auspicabile poter vedere attuata in qualsiasi forma di risposta all'illecito.

Per altro verso, a evitare l'impressione (da taluno evocata per rimarcare il carattere 'eccentrico' rispetto al rango penale dell'illecito) che il modello in esame riproduca i caratteri di una sorta di 'transazione' (o trattativa) dal sapore puramente 'privatistico', contribuisce il particolare modo di atteggiarsi dei programmi riparativi. Anzitutto, la stessa figura del mediatore riveste un ruolo particolarmente qualificato, il quale presuppone, per vero, oltre a una spiccata sensibilità nell'indirizzare e guidare il percorso di avvicinamento tra i soggetti implicati nell'illecito, il rispetto di un dovere di 'imparzialità' nello svolgimento delle funzioni, che, seppure non consente di postularne una coincidenza con la posizione del giudice, si rivela, tuttavia, indispensabile in vista della necessità di garantire quel fondamentale 'equilibrio' nell'apprezzare le conseguenze della vicenda riparativa, da cui dipende la stessa qualità e attendibilità della 'relazione' finale affidata alle valutazioni dell'autorità giudiziaria.

Dalle soluzioni emergenti dalla riforma, è dato evincere, in definitiva (e salvo un profilo che sembra trascenderne le apparenti limitazioni: v., *infra*, par. 7) una ‘contaminazione’ delle peculiarità del processo riparativo con le logiche del rigore e dell’obiettività funzionali al suo doversi innestare pur sempre nelle dinamiche di sviluppo del procedimento penale: se è concessa una ‘traslazione’ di significati, potremmo dire che il richiamo normativo all’“equiprossimità” del mediatore – riferito alla relazione con le parti – si lascia apprezzare, altresì, come uno ‘star nel mezzo’ di questi tra il profilo ‘umanistico’ insito nel doversi ‘calare’ nel dramma personale ed esistenziale proprio di quelle e l’esigenza della ‘neutralità’ nell’esercizio dei propri compiti, quale requisito funzionale (tra l’altro) alla decisione del soggetto che dovrà pronunciarsi, *cognita causa*, sulle conseguenze propriamente ‘giuridiche’ dell’opera mediatrice. Riguardo a quest’ultimo (il magistrato, appunto) non pare azzardato affermare, d’altronde, come – pur nello svolgere un compito differente rispetto all’opera del mediatore – egli non possa non ‘risentire’, come denota lo stesso richiamo normativo alla verifica circa lo “svolgimento del programma”, di una vicenda gestita al di fuori degli schemi vincolanti propri dell’attività giurisdizionale: una vicenda, sotto questo profilo, in grado di aprirsi a una ‘lettura’ che più non si limiti a una valutazione del fatto nel suo (poter) dar luogo a reato, ma che consista, piuttosto, nel delibare, in linea con l’esigenza di scorgere in esso un ‘conflitto’ di carattere interpersonale, la portata di un accordo, che (pur nel rispetto di determinate garanzie, non ultima quella di un libero consenso degli interessati) si riveli sufficientemente congruo e appropriato nell’ottica del perseguimento della sua finalità riparatoria.

4. Rieducazione e riparazione: i termini del dibattito

Dopo aver tratteggiato il *novum* della soluzione riparativa, non ci si può sottrarre, peraltro, a una riflessione di vitale importanza nell’economia del progetto riformatore, la quale, senza contraddire il quadro finora delineato, si incarichi, nondimeno, di saggiare la portata del nuovo modello di giustizia nell’ottica della sua capacità di assolvere alle esi-

genze postulate dal fondamentale principio ‘rieducativo’. A tale riguardo, deve registrarsi, presso la dottrina impegnatasi maggiormente nell’analisi del problema, l’esistenza di opinioni non sempre omogenee e anzi, il più delle volte, sensibilmente divergenti. Così, mentre da taluni si riconosce nella giustizia riparativa l’attitudine a sviluppare e a ‘completare’ il disegno costituzionale (ex art. 27, 3° comma, Cost.) grazie all’accentuazione della vocazione umanistica e di integrazione sociale del percorso riparativo, non mancano tuttavia (e anzi, risultano prevalenti) le voci di coloro che contestano, in termini più o meno radicali, la possibilità di avvicinare e di rendere tra loro funzionali le prospettive in cui si muovono rieducazione e riparazione.

Premettendo che è necessario adesso concentrarsi sui fenomeni riparatori specificamente collegati alla *restorative justice*, interessa soprattutto valutare la fondatezza delle opinioni di chi contesta l’attitudine della giustizia riparativa a porsi in sintonia con il progetto rieducativo. Secondo una prima tendenza, la rieducazione, a differenza della giustizia riparativa, sarebbe in grado, tra l’altro, di porre rimedio a situazioni di particolare emarginazione sociale, in quanto tali bisognose di un ‘trattamento’ volto a rimuovere i fenomeni di disagio o di precarietà delle condizioni di vita o di lavoro, da cui ha tratto origine il comportamento deviante: là dove, al contrario, la giustizia riparativa sarebbe tale da richiedere quella piena autonomia nel valutare il contenuto del programma, come pure quella concreta possibilità di onorare gli impegni che esso comporta, che avrebbero come ‘naturali’ destinatari soltanto coloro che fossero in grado di disporre di risorse (sul piano materiale e psicologico) adeguate a sostenere gli oneri derivanti dalla conclusione dell’accordo. Stando a un’altra opinione, la ‘commistione’ tra i due paradigmi or ora richiamati presenterebbe, viceversa, il rischio di richiedere, ai fini del risultato riparativo, una prognosi concreta di ‘ravvedimento’ e *chances* effettive di miglioramento e di risocializzazione: delle prospettive, insomma, che, pur risultando funzionali alla dimensione propriamente rieducativa, non sarebbero affatto necessarie ai fini del percorso riparativo, né comunque oggetto di accertamento da parte dei soggetti incaricati di valutarlo. Secondo una terza corrente di pensiero, sarebbe, più in profondità, lo stesso significato espresso dal modello riparativo a risultare svilito e mortificato dal suo accostamento, oltre

che ai meccanismi orientati alla deflazione giudiziaria, o alle logiche risarcitorie del danno arrecato, alla stessa finalità, per l'appunto, di attuare un programma rieducativo; invero, la giustizia riparativa mirerebbe, piuttosto, a perseguire una 'rigenerazione esistenziale' dei soggetti interessati, in guisa di elemento strettamente collegato al ripristino di una 'relazione' con l'Altro, il quale ponga fine alla 'memoria' di un accadimento che più non dovrebbe influire sul vissuto interiore di chi ne abbia subito le conseguenze.

5. La giustizia riparativa quale paradigma della rieducazione

Orbene – e nonostante la complessità della questione – non sembra che simili obiezioni possano davvero impedire il riconoscimento di un rapporto intenso e fecondo tra rieducazione e giustizia riparativa. Quanto alla prima opinione, va ricordato, anzitutto, che non da ora gli stessi sostenitori del nuovo modello hanno più volte avvertito com'esso difficilmente possa ricevere un'applicazione generalizzata: e, se è pur vero che un simile rilievo viene solitamente formulato per porre in dubbio che la soluzione riparativa possa 'funzionare' per qualsiasi tipo di reato, niente impedisce, tuttavia, di postulare ulteriori limitazioni, ivi comprese quelle su cui fa leva la tendenza in esame. Tutto questo, peraltro, non dovrebbe far dimenticare che l'esito riparativo, in base alla recente riforma (e alla luce delle stesse esperienze proprie di altri ordinamenti) può atteggiarsi anche in termini c.d. 'simbolici', come tali ipotizzabili, in particolare, anche in quelle forme di "dichiarazioni o scuse formali" o di "accordi relativi alla frequentazioni di persone o luoghi", che potrebbero pur sempre rivelarsi compatibili con alcuni dei contesti poc'anzi richiamati.

Viepiù consistenti si presentano, d'altro canto, i motivi di dissenso nei confronti delle critiche avanzate dalle altre due correnti dottrinali. Qui dovrebbe valere, anzitutto, una ragione di principio: la finalità rieducativa rappresenta un obiettivo vincolante in forza del suo stesso rango di precetto di rilevanza costituzionale; e, come tale, esso non può non fungere da fondamentale criterio di orientamento rispetto a qualsiasi forma di risposta all'illecito. Di modo che, la stessa idea di configu-

rare la scelta riparativa come un modello che, sia pur esprimendo un livello particolarmente ‘nobile’ ed elevato nel modo di rapportarsi al valore intrinseco della persona, non possa risultare funzionale allo scopo rieducativo, verrebbe a tradire l’imperativo di perseguire *in ogni caso* un progetto riabilitativo teleologicamente efficace. Per non dire poi del fatto (non abbastanza valorizzato) che la scelta riparativa, in base alla stessa Riforma Cartabia, viene ritenuta meritevole della possibilità di farvi ricorso anche nella fase dell’esecuzione penale, alla quale nessuno dubita debba spettare una funzione preminente proprio nell’ottica della finalità rieducativa.

La questione, a un esame più attento, si rivela, in realtà, profondamente diversa da quella oggetto del presente dibattito: ed emerge, piuttosto, dall’esigenza di concepire la dimensione rieducativa alla stregua degli indirizzi più avanzati espressi dalla moderna penologia. In particolare, gli studiosi più sensibili hanno avvertito come il modello rieducativo, inteso nella sua dimensione tradizionale, non sia giunto ad affrancarsi del tutto da quella insistente presenza ‘istituzionale’, che, sotto la patina della mitezza e della flessibilità, non sarebbe in grado di attingere quell’intrinseca dimensione ‘emancipatrice’ dal legame con la colpa, che l’idea rieducativa dovrebbe, viceversa, necessariamente assecondare. In sostanza, il fatto di assumere tuttora i pubblici poteri come ‘controparte’ privilegiata di tale progetto finirebbe col permeare gli interventi verso il soggetto debole del rapporto di quell’atteggiamento di tipo ‘paternalistico’ (*hard o soft*, qui poco interessa), al quale corrisponde il più delle volte un’adesione puramente passiva da parte del destinatario: un’adesione, per l’appunto, assai lontana da quella ben più salda determinazione di rendersi ‘parte attiva’ a favore della comunità grazie al fatto di impegnarsi, con spirito autenticamente solidale, a forgiare lo stesso percorso rivolto alla propria ‘rieducazione’.

È proprio in quest’ottica che emerge allora in maniera paradigmatica la particolare rilevanza della giustizia riparativa ai fini di una concezione più aperta ed evoluta della stessa dimensione rieducativa. È opportuno invero ribadire come l’idea portante della mediazione riparativa non possa non essere quella di porre in condizione gli interessati di elaborare un’intesa al di fuori di una direzione ‘dall’alto’ del percorso da seguire. Ragion per cui, pur non potendo mancare determinate garanzie

‘esterne’, per così dire, rispetto alla vicenda riparativa (che la stessa Riforma Cartabia ha cura di precisare: qualità essenziali dei programmi, modalità di accesso, libero consenso, riservatezza, valutazione finale e via dicendo) resta tuttavia il fatto che l’‘incontro’ tra i soggetti non potrà non tradursi in un momento necessariamente ‘formativo’, ‘poietico’ delle condizioni dell’accordo preordinato alla soluzione del conflitto: un accordo, in definitiva, tale da far apparire, come si diceva, il progetto rieducativo come un ‘bisogno’ avvertito (e perseguito) come tale dallo stesso soggetto a cui si riferisce e che giunga in tal modo a garantire la serietà e l’affidabilità della scelta di impegnarsi in senso conforme alle aspettative della vittima e a quelle dell’intera comunità.

6. Una parentesi istruttiva: i rapporti tra i principi costituzionali e le loro implicazioni sulla tematica della rieducazione-riparazione

Muovendosi in tale prospettiva (e come argomento ulteriore volto a decifrare il senso e la portata del collegamento con il paradigma rieducativo), non è fuori luogo aprire una parentesi di maggior respiro, dedicata a una riflessione più generale su alcuni aspetti concernenti i rapporti e le interferenze reciproche tra i principi di rango costituzionale, in modo tale da poterne cogliere le implicazioni (anche) nell’ambito della materia che ci occupa. Il problema centrale, com’è ben noto, è quello consistente nel verificare le condizioni in base alle quali tali principi possano tra loro ‘convivere’ nel disegno complessivo delle scelte operate dalla Carta costituzionale (e ora, anche in quello desumibile dalle fonti di origine sovranazionale, quanto meno nell’ottica dell’influenza che ne deriva ai fini dell’arricchimento dei relativi contenuti).

Per la verità, l’esame delle differenti tendenze manifestatesi a tale riguardo giustificherebbe di per sé sola una trattazione autonoma e di proporzioni assai più ampie e articolate rispetto a quella sviluppata in questa sede. Tuttavia, come già in altra occasione si è avuto modo di sottolineare, il dibattito tra le differenti posizioni in merito a tale tematica – ossia, da un lato, quelle c.d. minimaliste, le quali escludono la possibilità di un conflitto tra detti principi, e, dall’altro, viceversa, quelle favorevoli ad ammetterla, sia pure in termini più o meno accentuati –

non sembra presentarsi con tutte le carte in regola per poter andare davvero al cuore del controverso problema. In particolare – e senza pretendere di offrire una soluzione in grado di assumere una validità universale (o di addurre argomenti di dirimpente carica innovativa) – a noi sembra che, se è pur vero che una visione di tali principi volta a configurarli come altrettante ‘monadi’ del tutto autonome e indipendenti risulta difficilmente concepibile, non pochi dubbi sorgono, per altro verso, a proposito dell’idea di postulare un conflitto tra i medesimi destinato a imporne un ‘bilanciamento’ tale da sfociare, di volta in volta, nella ‘prevalenza’ o ‘soccombenza’ dell’uno o dell’altro di tali parametri fondamentali. Un’idea del genere – malgrado venga ricondotta alla stessa distinzione tra regole e principi e fondata sul presupposto del carattere flessibile e ‘aperto’ dei relativi contenuti – non sembra invero tener conto del fatto che tali caratteristiche dovrebbero, preferibilmente, suggerire un metodo diverso da quello adottato: ossia, più precisamente, quello consistente nel privilegiare i momenti di convergenza e di reciproca ‘integrazione’ tra simili principi, sì da permettere che, grazie a quella costante apertura li caratterizza, essi possano protendersi verso più ampie e comprensive ‘sintesi di valore’, tali da abbracciare e rivelare ad un tempo il sostrato comune al ricco potenziale dei loro orizzonti teleologici.

A tale riguardo, particolarmente illuminante sembra rivelarsi, a ben guardare, l’elaborazione sviluppata da un fine pensatore francese quale François Jullien, volta a contestare la pretesa ‘identità’ delle diverse culture, in guisa di attributo che dovrebbe condurre a distinguere e ‘selezionare’ i connotati propri di ciascuna di esse. Egli afferma, per vero, come tra le culture (e potremmo qui asserire: tra i principi costituzionali) non sussistono propriamente delle “differenze”, quanto piuttosto – per usare il suo lessico – degli “scarti”, intesi come degli ‘spazi’ che si estroflettono (diramandosi pur sempre dalle culture medesime) e che sono tali da porre l’una di fronte all’altra, in modo da “alimentarle vicendevolmente” grazie alle “risorse” che ognuna di esse è in grado di esprimere e di far germogliare in una prospettiva comune. Non si tratterebbe, dunque, da questo punto di vista, di sposare l’idea di dover operare un ‘dosaggio’ o di stimare e ‘proporzionare’ il peso dei valori in campo; piuttosto, il confronto di volta in volta operato dovrebbe con-

durre a estrapolare uno spazio valutativo necessariamente “privo di gerarchie”, essendo proprio su queste basi che i termini del rapporto potranno vedere rispecchiato e dispiegato il relativo contributo alla costruzione di uno scenario assiologico che non contempra né vincitori né vinti.

Orbene, se, muovendo da simili premesse, torniamo alla problematica della rieducazione – e del suo rapporto con la giustizia riparativa – non sembra del tutto azzardato farne discendere le seguenti osservazioni.

La rieducazione ci appare, a un primo sguardo, come un compito che pone in relazione lo Stato con il destinatario del rimprovero penale. Ma abbiamo già avvertito come una simile prospettiva lasci sul campo il timore che tale pur nobile programma venga a esaurirsi in una vicenda segnata dalla preminenza della dimensione ‘istituzionale’ del soggetto incaricato di attuarlo e nella quale, di conseguenza, la relazione ‘personale’ con la controparte dell’illecito finisca col risultare obliterata e in ogni caso relegata nell’ombra. In realtà, uno sguardo a più ampio spettro induce a ritenere come debba essere maggiormente valorizzata la circostanza che nella Costituzione – e non solo nell’art. 2 (o in altre previsioni a esso ricollegabili), ma nell’insieme delle fibre che ne innervano il tessuto assiologico – viene a irradiarsi un ulteriore, ancor più basilare e omnicomprensivo, principio ispiratore, quello ‘personalistico’. E, già prima dell’analisi del profilo giuridico della questione, mette conto ricordare che, come insegnano da tempo (per limitarsi ai maggiori) pensatori della statura di Buber, Apel e Lévinas, il personalismo implica un ruolo costitutivo dell’Altro rispetto all’Io medesimo, un ruolo che implica la partecipazione del secondo a un progetto esistenziale nel quale si rispecchiano al contempo le aspettative e i progetti di vita del primo. E inoltre, come ammonisce il più grande teorico dell’‘agire comunicativo’ quale *medium* essenziale per la ricerca di un’intesa razionalmente fondata, il dialogo tra i parlanti non deve essere concepito quale mezzo per esercitare il proprio dominio e il proprio potere d’influenza, ma – per dirla con lo stesso Habermas – per favorire una “comprensione reciproca”, quale fenomeno che si realizza nel “luogo trascendentale” ipotizzato come sede di incontro con l’Altro.

A convalidare il senso di un incontro – e di un dialogo – su basi necessariamente ‘paritarie’ tra i soggetti del rapporto interviene, d’altronde

de, anche il profilo – e anzi, a sua volta, il principio (il cui rango particolarmente elevato risulta scolpito nello stesso Titolo di esordio della Carta dei diritti dell’Unione europea) – della ‘dignità’ propria di ogni individuo, in cui si compendia l’esigenza di un riconoscimento nell’Altro del valore supremo (e, per Gaetano Silvestri, sottratto in partenza a un ‘bilanciamento’ che ne possa erodere i contenuti) del rispetto dell’essere umano in quanto tale; un valore, come osserva Stefano Rodotà, che non si coglie nella dimensione ‘statica’ e indirettamente paternalistica di un attributo conferito al soggetto “dall’esterno” e il cui destinatario dovrebbe limitarsi a “custodire”, ma che si innesta in un’esigenza di libertà volta a impedire qualsiasi forma di sottomissione della persona umana da parte, non soltanto dei pubblici poteri, ma anche di chi si ponga a un livello di ‘pari grado’, ossia, per l’appunto, di un altro soggetto con cui la prima si trovi a interagire.

Nel solco di tali dinamiche interpersonali non possono non insediarsi, d’altronde, anche le esigenze sottese a un terzo principio, tale da proiettare – come attenta dottrina non ha mancato di evidenziare – il momento personalistico in quella dimensione di tipo ‘solidaristico’ che pure trova riscontro nelle scelte di fondo della Carta costituzionale (già a partire dallo stesso art. 2, appena menzionato); e invero, l’idea stessa dell’‘essere grazie all’Altro’, ‘con l’Altro’ e ‘per l’Altro’, non può non tradursi e manifestarsi, per l’appunto, anche nella prospettiva concreta di un impegno e ‘sostegno’ reciproco nel rendere attuabile quel progetto esistenziale in cui sono implicati e coinvolti all’unisono gli ‘attori’ della vicenda interpersonale.

Torniamo dunque, giunti a questo punto, alle battute iniziali dalle quali la nostra breve digressione aveva preso le mosse. L’intento era quello di mostrare come la prospettiva della rieducazione venga a esprimere il suo più profondo significato proprio nell’ottica di un modello riparativo che giunga a privilegiare il rapporto diretto (nella formazione e attuazione del relativo programma) tra le ‘persone’ dell’autore e di chi abbia subito l’offesa. Ebbene, proprio in virtù della relazione che intercorre tra i principi finora considerati, pare, allora, fondato ritenere come tale rapporto s’inscriva in uno scenario che supera i confini di una visione rieducativa declinata unicamente nell’ottica di una forma di ‘interventismo’ da parte dello Stato. In altri termini: la rieducazione

– la quale, in sé e per sé considerata (quanto meno, nella sua espressione tradizionale), rischierebbe di apparire soltanto come il ‘lato benevolo’ della coercizione – verrà ad assurgere a una dimensione teleologica realmente consona ai propri obiettivi, una volta che la si inquadri nel contesto dell’operare congiunto di quei principi, non essendo ammissibile ‘dissociarla’ dall’influenza vivificante di scelte di valore che la stessa Costituzione reputa coesenziali alla definizione degli attributi e delle prerogative fondamentali della persona umana. Rievocando la suggestiva allegoria dovuta alla penna di Francesco Carrara, potremmo, dunque, dire anche noi che la rieducazione può immaginarsi “assisa su un tripode”: personalismo, solidarismo, dignità, vissuti e concepiti come valori immanenti alla coscienza di ognuno, convergono verso un disegno rieducativo in grado di protendersi verso una soluzione meno incerta e aleatoria del conflitto generato dall’illecito. Di modo che, per concludere, ci sentiremmo di formulare, con l’occhio rivolto alla giustizia riparativa, la seguente proposizione di sintesi: quella, cioè, alla cui stregua la rieducazione, nel coniugarsi con gli altri principi costituzionali, viene a postulare un atteggiamento che, nel riconoscere la persona dell’Altro e la sua pari dignità, si manifesti, nell’interesse reciproco, in un impegno sul piano solidaristico liberamente assunto e coltivato.

7. La c.d. complementarità del recente modello. I fini reconditi della disciplina ‘organica’ della materia

Alcuni rilievi conclusivi – non ultimi per importanza, tuttavia, nell’ottica di una valutazione più puntuale circa il significato e la portata della recente riforma – meritano, a questo punto, di essere dedicati ai rapporti tra la giustizia riparativa e le dinamiche caratterizzanti l’esercizio della giurisdizione penale. Si suole dire in proposito che tali rapporti verrebbero a esprimersi nella forma di una relazione di ‘complementarità’. Escluso che il nuovo modello venga a ‘sostituirsi’ integralmente a quello ‘tradizionale’, escluso altresì che quest’ultimo si ponga in termini di ‘sussidiarietà’ (potendo, cioè, intervenire nei soli casi di insuccesso del programma riparativo, al quale spetterebbe dunque un ruolo ‘principale’ e necessariamente preliminare), la scelta riparativa ver-

rebbe piuttosto ad atteggiarsi in una dimensione ‘parallela’ rispetto alla giustizia punitiva, fungendo da strumento offerto agli interessati per poter cogliere, ove lo vogliano, l’opportunità di un accordo in grado di affiancarsi, volta per volta, al normale sviluppo dell’*iter* giurisdizionale.

Al proposito, e pur condividendo nella sostanza una simile impostazione, non sembra tuttavia fuori luogo definirne più chiaramente la portata. Si deve osservare, anzitutto, che, se è pur vero che la giustizia riparativa non si colloca (almeno *de lege lata*) in una posizione di preminenza rispetto a quella ‘punitiva’, non è men vero ch’essa viene a ‘incombere’, per così dire, su tutte le fasi del procedimento, potendo condizionare sotto svariati profili le determinazioni che vi ineriscono e gli esiti che ne possano derivare. Essa viene a ‘irradiarsi’ – potremmo soggiungere – su tutte le numerose vicende suscettibili di essere arricchite dalla linfa vitale dello suo potenziale teleologico (dalla querela alla sua remissione, dalla messa alla prova alla sospensione condizionale, dalle circostanze alla commisurazione infraeditale, all’impatto sul regime dell’esecuzione e in particolare delle misure alternative), facendo sì che le scelte al riguardo possano ‘parlare la lingua’ della riparazione nella sua specifica dimensione di un risultato raggiunto grazie al dialogo e al ‘riconoscimento’ reciproco tra i soggetti interessati alla soluzione del conflitto.

Ma v’è di più. La previsione di una ‘disciplina organica’ della materia particolarmente ampia e articolata (oltre tutto, applicabile a qualsiasi tipologia di reato) fa supporre che il legislatore *minus dixit*, nell’atto di collegare la vicenda riparativa ai singoli sviluppi del procedimento, *quam voluit*, sotto il profilo, cioè, del riconoscimento nel nuovo modello della vocazione a trascendere la stessa logica dell’‘innesto’ volta per volta della parentesi conciliativa; dimostrando in tal modo, a ben guardare, di aver maturato la convinzione secondo la quale l’opzione riparativa dovrebbe acquistare nel tempo una più spiccata autonomia in guisa di modello generale per poter gestire in maniera efficace quel ‘conflitto’ alla base dell’illecito che (a onta della diffusa percezione delle sue conseguenze deleterie) la giustizia nelle sue forme ‘ordinarie’ non sarà mai in grado di ricomporre e che dunque richiedeva sin d’ora di venire disciplinato mediante un apparato normativo a sé stante di regole e

principi, come tale il più possibile esaustivo e sistematicamente coerente al suo interno: ‘organico’, appunto.

8. *‘Declassare’ la finalità rieducativa? Una proposta irricevibile*

È del tutto evidente, peraltro, come, non soltanto il più ambizioso scenario or ora ipotizzato, ma la stessa utilizzazione delle possibilità, per nulla trascurabili, offerte dalla recente normativa, potranno ricevere uno sviluppo soddisfacente, soltanto in virtù della predisposizione di risorse volte a implementare, con impegno costante, le strutture e le competenze necessarie per il funzionamento della giustizia riparativa.

Lo spirito dei tempi non sembra, purtroppo, giustificare una visione ottimistica circa il futuro di questa nuova frontiera nelle strategie di risposta alla devianza. Al di là di rinvii e di dilazioni ulteriori della concreta messa in opera del disegno riformatore, a suscitare le maggiori preoccupazioni è la tendenza involutiva rappresentata dal progetto – che non esitiamo a definire, non soltanto maldestro, ma politicamente e giuridicamente detestabile – di intervenire sulla previsione normativa dell’art. 27 Cost., sì da limitare la portata della finalità rieducativa a favore della preminenza di obiettivi di difesa sociale e di ‘giusta punizione’ del colpevole. Ben s’intende, da questo punto di vista, che la visione riparativa – la quale, nella prospettiva qui sviluppata, dovrebbe condurre a esaltare il profilo umano e ‘personalistico’ del principio rieducativo, affrancandolo dal peso opprimente di una colpa di cui emendarsi, ed emancipandolo il più possibile dalle influenze della Ragion di Stato – verrebbe in tal modo a essere completamente oscurata e destinata all’oblio.

Né potrebbe osservarsi che, per evitare che ciò accada, sarebbe miglior partito quello di dissociare – come taluno parrebbe ammettere – l’idea riparativa da quella rieducativa. E questo, non soltanto perché si verrebbe in tal modo a ‘ratificare’ l’emarginazione del principio rieducativo dall’area occupata dai sommi principi di garanzia che impregnano il tessuto costituzionale, ma anche perché sarebbe a dir poco ingenuo – e anzi, peggio, francamente ipocrita – non vedere in un simile, scellerato, disegno ‘riformatore’, il chiaro intento di svellere comunque

la nostra disciplina dai grandi progressi di civiltà che ne hanno segnato l'evoluzione e dei quali lo stesso fenomeno riparativo rappresenta senza dubbio la maggiore conquista nella lotta intrapresa contro le ideologie repressive e 'giustizialistiche' della risposta al reato.

Ben diversa, insomma, deve essere la presa di posizione riguardo a siffatti tentativi (del resto, non limitati al nostro settore) di modificare o 'interpolare' senza eccessivi scrupoli le strutture e i principi di fondo del nostro assetto costituzionale. L'opzione riparativa si rivela, preme ribadirlo, come un'essenziale chiave di lettura delle stesse esigenze sul piano teleologico cui s'ispira il progetto rieducativo: e in questo senso non è dunque ammissibile svalutare il rango e l'importanza di quest'ultimo senza vanificare (o comunque marginalizzare) al contempo il ruolo e gli obiettivi perseguiti attraverso il modello riparativo. In un simile contesto, lungi dall'avallare o tollerare proposte o 'stratagemmi' quali quelli poc'anzi accennati, ci si deve augurare, piuttosto, che venga ad accrescersi il novero di quanti, animati dal proposito di contrastare i pericoli di un'involuzione liberticida, siano disposti a impegnarsi e a 'battersi' senza riserve a favore di un progetto radicalmente alternativo nel perseguimento dei futuri 'disegni della giustizia'.

UNA GIUSTIZIA SENZA VIOLENZA, NÉ STATO, NÉ DIRITTO

ANCORA SUL PARADIGMA GIURIDICO DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Roberto Bartoli

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 "giuridico" e all'antropologia.* 4. *Il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa: la complementarietà.* 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 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. E 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 i protagonisti della vicenda crimino-

sa, 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 e 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 maggior-

mente 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 vendicatorio. Una retorica

illuministica e statalistica, 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 al-

cuno 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 riparatoria. L’idea riparatoria 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 riparatorio: 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 pre-

venzione 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 pubblicitari, 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, riparazioni 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 pubblicitaria, 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 e 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 e 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 a 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. E 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 e attengono ai più svariati ambiti della dimensione giuridica. Così, per 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 e ossa e alla relazione tra persone in carne e 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 a 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, svilto 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 circo-

lazione, 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 enfaticizzazione 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 e 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 e 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 “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 rappor-

to, 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 complementarietà

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 a incidere su tale rapporto.

E 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'agredito, 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, a 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 complementarietà, 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: 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.

E 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 per 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 comun-

que 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». E 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 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. 133 c.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 una 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 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 Giulietta) 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. Andan-

do 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, tor-

no» (vv. 137-138), parole 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 riparati-

va¹. 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.

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

¹ A. MORO, *Da mio Padre a Manlio Milani, perché è indispensabile la giustizia riparativa*, in *La Stampa*, 09.05.2023.

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 riconoscerci 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».

GIUSTIZIA RIPARATIVA E SANZIONI DI COMUNITÀ

Lucia Castellano

Ringrazio davvero l'Università di Trento per l'invito, sono sempre molto contenta di avere dei confronti con l'accademia; non nascondo un certo "metus", misto al timore di abbassare il livello della speculazione intellettuale offrendo uno sguardo dall'interno dell'operatività quotidiana intorno ai temi trattati; le relazioni che mi hanno preceduta sono di un livello tale che non mi ripeterò sulle definizioni e sui fondamenti della giustizia riparativa. Quale messaggio vorrei passarvi oggi? Niente di più del raccontarvi la fatica dell'applicazione delle riforme. Ieri si parlava della timidezza della riforma; il professor Fiore ha, giustamente, parlato di "una riforma che poteva essere altro". Naturalmente i progetti di riforma fanno i conti con le marce indietro imposte dall'Aula parlamentare: il passaggio in Parlamento ci dimostra che, nel concretamente possibile, politicamente, non avrebbe potuto essere altro (pensiamo solo al mancato inserimento dell'affidamento in prova al servizio sociale sostitutivo che era previsto in commissione e non è stato approvato). Alla timidezza della riforma segue drammaticamente la timidezza nell'applicazione della riforma e, più in generale, della legge vigente. Vi faccio un esempio poco pertinente con il tema trattato ma sintomatico della fatica di cui racconto. Nel 2013 ero nella commissione Palma sulla riorganizzazione, a normativa vigente, della vita *intra-moenia* e sulla verifica dell'attuazione del regolamento di esecuzione della legge penitenziaria (d.P.R. n. 230/2000). Scoprimmo, in quell'occasione, che 35 istituti penitenziari su 195 non avevano ancora sostituito il vecchio bancone di marmo divisorio per i colloqui con i tavolini previsti dal nuovo regolamento. Rispetto a una legge, anche timida, il piano applicativo non viene curato; non solo, soprattutto non viene sanzionata la mancata cura. Mi sono sempre chiesta cosa sarebbe successo a quei 35 direttori in caso, per esempio, di evasione di un detenuto; probabilmente, conseguenze gravi. La mancata ottemperanza al dispo-

sto di una nuova legge, invece, non aveva, per 13 anni, prodotto alcuna conseguenza. Il focus del mio intervento è, dunque: cosa possiamo fare oggi per realizzare quello che già c'è, che non è molto, che poteva essere altro ma che, come ha spiegato benissimo il professor De Francesco, comunque è una rivoluzione. Vi tedio solo per qualche minuto con i dati. Siamo in un momento storico in cui, prima e a prescindere alla riforma Cartabia (di cui non abbiamo ancora le statistiche) i dati indicano una crescita esponenziale del *probation*; prima fra tutte la sospensione del procedimento con Messa alla Prova, ma anche le misure alternative alla detenzione aumentano di numero. Sono, in totale, 76603 persone sottoposte a misura di comunità, tra *pretrial probation*, misure alternative alla detenzione e lavoro di pubblica utilità.

Il sistema dell'esecuzione penale esterna, dunque, cresce; il dato anomalo è che a tale crescita non corrisponde una diminuzione del numero dei detenuti. Aumenta infatti progressivamente tanto il numero dei detenuti (che sono circa 56000) che quello delle persone in esecuzione penale esterna. Questo significa (e torno alla timidezza nell'applicazione delle riforme), che le misure alternative non sono applicate, soprattutto dal carcere, quanto dovrebbero. Nei 195 istituti penitenziari italiani ci sono circa 8000 persone che devono scontare ancora un anno di pena. Questo significa che non solo il legislatore è timido, ma ancor più timido è il decisore tenuto ad applicare la norma, la magistratura (e, con essa, l'amministrazione penitenziaria). Capisco che ci siano territori difficili ma capisco anche che le persone tra un anno usciranno comunque. I dati dimostrano quanto la centralità del carcere nella visione giudiziaria e amministrativa sia ancora molto evidente. Anche sottraendo i recidivi e le persone condannate per reati ostativi, se noi avessimo, a spanne, 5000 detenuti in meno, avremmo, non dico risolto, ma affrontato in modo diverso il problema del sovraffollamento.

Fatta questa premessa, entro nel merito della riforma Cartabia con una prima riflessione. Noi abbiamo alcuni prodromi importanti delle novità introdotte dalla riforma in quel cambiamento culturale che – lo diceva il prof. De Francesco che ringrazio per avermi citata – vede tutti, nell'organizzazione della risposta punitiva, cambiare un po' il nostro DNA professionale. L'istituto della sospensione del procedimento con Messa alla Prova costringe tutti (giudici della cognizione, avvocati,

operatori dell'esecuzione penale esterna) a cambiare l'approccio. Il giudice diventa da giudice del fatto giudice del percorso, noi operatori diventiamo registi dell'organizzazione, il nostro compito è ora anche quello di entrare in contatto con gli imputati (un assoluto inedito) e poi di chiamare a raccolta la comunità territoriale per offrire opportunità reali per scontare la pena sul territorio (si pensi alla funzione del lavoro di pubblica utilità, per esempio). La riforma Cartabia riprende esattamente questi prodromi e obbliga tutti noi a un cambiamento radicale della nostra professionalità. Diventiamo osservatori di un percorso; non solo, il percorso viene definito insieme, collegialmente tra operatori appartenenti a istituzioni e agenzie diverse. Senza intaccare le reciproche competenze e l'intangibilità dell'indipendenza della magistratura, naturalmente, il giudice è costretto, per esempio, a constatare, guardando il percorso effettuato dall'autore del reato, che la prova sia andata a buon fine, prima di dichiarare l'estinzione del reato.

Il precipitato di questa collegialità di interventi è che stanno nascendo, in Italia, molti protocolli di intesa, accordi importantissimi, sulla cui base si costruisce poi, a mio parere, l'essenza della riforma Cartabia. Ne cito uno, elaborato a Milano, che è uno schema operativo per l'esecuzione delle pene sostitutive, elaborato sulla falsariga di quello che realizzarono nel 2014 per la sospensione del procedimento con Messa alla Prova in cui tutti gli attori alla partita trovano un accordo, tanto sulle procedure che sul tipo di osservazione del percorso dell'autore di reato, diversificato da soggetto a soggetto. È uno sguardo sinottico e collegiale, direbbe il prof. Dolcini nel suo bellissimo libro sulle misure sospensivo-probatorie. Questo tipo di sguardo è quello che ancora ci manca e che dobbiamo costruire. Se ognuno di noi resta nel proprio, limitato, settore operativo, ci si continua a rinfacciare la responsabilità per gli insuccessi, come diceva molto bene Roberto Bartoli. Il percorso condiviso, invece, chiama a raccolta anche la comunità esterna.

Questo è il terreno di coltura su cui dobbiamo lavorare e noi operatori sappiamo bene quanto sia difficile uscire dall'autoreferenzialità, forse perché abbiamo ancora muri di cinta, reali o metaforici, di cui dobbiamo liberarci per incontrare le altre istituzioni. E tali muri, sia detto con il massimo rispetto, costringono anche la magistratura. Togliere la sabbia dai meccanismi è imprescindibile per attuare una rifor-

ma timida a cui non sembra opportuno aggiungere anche la timidezza organizzativa e amministrativa, altrimenti non si va da nessuna parte.

Questo è il primo concetto che volevo trasmettervi. Il secondo riguarda i presupposti e i principi e gli obiettivi della riforma Cartabia rispetto ai temi della giustizia riparativa. Abbiamo detto tutti che è una giustizia complementare, Roberto Bartoli ha spiegato magistralmente come la giustizia riparativa apra lo sguardo e incarni veramente l'attuazione dei principi costituzionali. La riforma Cartabia ha il grande merito, a mio parere, di avere definito normativamente la giustizia riparativa, non solo, ma di avere affidato al Ministero della Giustizia e agli enti locali la concreta realizzazione, istituendo i centri e i servizi per la giustizia riparativa. Questo ha significato, finalmente, il superamento definitivo di quelle sperimentazioni a macchia di leopardo che rischiano di essere deleterie: ricordo personalmente tentativi artigianali di percorsi di mediazione con autori di reati gravissimi (la violenza sessuale, per esempio) con il rischio di effetti nefasti senza la garanzia della formazione, della competenza e della terzietà dell'operatore, nonché la mancanza dell'affidamento del monitoraggio a una struttura pubblica.

È stato importante avere definito cosa sia la giustizia riparativa, averne determinato la complementarità rispetto alla giustizia tradizionale e aver determinato le linee di confine tra l'intervento della giustizia tradizionale e quello della giustizia riparativa, per esempio, nella gestione degli esiti del percorso riparativo. Già nella sospensione del procedimento con messa alla prova questa è una criticità importante e delicata: se il percorso riparativo va male può il giudice non dichiarare l'estinzione del reato? Non può farlo, può invece riconoscere la valenza del percorso riparativo, per esempio, nella valutazione delle attenuanti, senza che ciò significhi un carico in più nella sentenza. Ma tutto ciò presuppone quella cultura della risposta punitiva diversa, nuova, quello sguardo sinottico a cui accennavo prima. E nella preparazione di questa cultura operativa diversa l'Università ha un ruolo fondamentale, la terza missione aiuta a preparare un cambiamento culturale senza il quale non appare possibile attuare la, pur timida, riforma.

Il Ministero della Giustizia individua i servizi di giustizia riparativa, ne coordina l'attività, programma la distribuzione delle risorse e monitora l'andamento avvalendosi della Conferenza Nazionale per la Giusti-

zia Riparativa. I decreti attuativi della riforma, come già detto, saranno emanati nel luglio del 2023. Per ora, nella programmazione 2023, i Dipartimenti dell'Amministrazione Penitenziaria e della giustizia minorile e di comunità continuano ad avvalersi degli enti convenzionati. È una riforma che deve ancora partire.

Quali sono i problemi operativi? Del primo ho già parlato, è quello della cultura della compartecipazione nell'attuazione della riforma. Ma vedo anche una mancanza, in questo momento, di solide basi di cultura della dignità del reo e della vittima e di rispetto dei loro diritti. Pensiamo alla costruzione di percorsi di giustizia riparativa all'interno degli istituti di pena: come si può ragionare di giustizia riparativa che presuppone il consenso libero e informato se la relazione con il detenuto, oggi, si basa ancora sulla totale mancanza di informazioni di qualunque tipo, nonché sulla progressiva sottrazione di ogni spazio di autodeterminazione alla persona? Tanto per fare un esempio, ieri la professoressa Menghini ci ha detto che qui in Trentino il regime previsto *ex art. 32* dell'ordinamento penitenziario prevede la chiusura totale delle stanze, anche con il blindato esterno chiuso... se questa è la cultura della dignità della persona, con quale coraggio si possono impostare percorsi di incontro del detenuto con la propria vittima? Egli stesso si sente una vittima della nostra prepotenza istituzionale. Vi dirò che nemmeno l'esecuzione penale esterna è salva: con quale coraggio andiamo da un utente con cui l'unica forma di comunicazione consiste nel dargli prestampati da compilare per l'ammissione alla misura alternativa? Il consenso libero e informato presuppone una cultura della relazione istituzionale con il reo (e con la vittima) che non è ancora la nostra e questo mi preoccupa molto. Se noi stessi siamo ancora intrisi (e i dati che ho fornito lo dimostrano) di una cultura della giustizia vendicativa e carcerocentrica come facciamo a superarla? Come fanno i magistrati e gli operatori del diritto? Noi non abbiamo ancora, nell'amministrazione penitenziaria, la cultura del servizio pubblico all'utenza. E questa è una delle ragioni profonde, a mio parere, per cui la cultura della giustizia riparativa si innesta con molta difficoltà nella nostra organizzazione, *intra ed extra moenia*.

La riforma, nel disciplinare la giustizia riparativa, ci offre la possibilità di allargare la prospettiva sul reato sulla pena e sul concetto di "fare

giustizia”. Ci chiede di superare la cultura della prepotenza istituzionale e della trasformazione delle persone in cose, nella gestione quotidiana dell’utenza. Ci chiede di acquistare uno sguardo più lungo e aperto sulla nostra funzione di servizio pubblico.

L’auspicio di oggi è dunque che l’Università e l’Accademia continuino ad aiutarci e che l’amministrazione, la politica e il mondo accademico siano in grado di cogliere la portata della sfida e di costruire una risposta alla commissione del reato davvero degna di un Paese civile. Grazie.

LA PROSPETTIVA DEL TRIBUNALE DI TRENTO

Luciano Spina

Sono lieto e onorato nel portare il saluto del Tribunale di Trento in questa importante occasione di approfondimento della riforma penale appena entrata in vigore, ringraziando la Prof.ssa Menghini, la dott.ssa Mattevi e la Camera Penale di Trento per il prezioso lavoro organizzativo svolto. Una iniziativa che coglie nel segno in ordine alla necessità di poter realizzare – oltre che delle analisi approfondite di carattere giuridico sui diversi temi al centro del dibattito – un primo confronto immediato, diretto e operativo riguardo alle emergenze che stanno affrontando quotidianamente tutti gli operatori, alle prese con l’attuazione e ricerca di soluzioni interpretative delle nuove disposizioni normative e dei nuovi istituti giuridici.

È stato riconosciuto da più parti che la Riforma Cartabia – una riforma di sistema – ha posto complesse questioni interpretative rispetto ai nuovi istituti giuridici e ha avuto un forte impatto sull’organizzazione degli uffici, lasciando un tempo di studio e approfondimento agli operatori insufficiente a fronteggiare tutta la mole di novità che caratterizzano tali interventi.

Anche il Consiglio Superiore della Magistratura si è espresso, rendendo pareri, a tratti molto severi, sia sulla legge delega che sui decreti delegati, ma il legislatore non si è fatto carico dei rilievi lasciando ai dirigenti l’onere di cercare le soluzioni organizzative che consentano agli uffici giudiziari, già affetti da una cronica mancanza di risorse di personale fra i magistrati e gli amministrativi, di fronteggiare le nuove norme.

Pur plaudendo a tutta la serie di disposizioni che facilitano la gestione dei fascicoli e le comunicazioni attraverso la digitalizzazione del processo penale, non si possono non menzionare diverse modifiche che risultano in evidente contraddizione con le finalità del PNRR.

Una tra tutte, per esempio, è quella che riguarda l'introduzione con il d.lgs. n. 150/2022 nel codice di procedura penale dell'art. 544 *bis* c.p.p. per i procedimenti con citazione diretta a giudizio, che prevede una nuova udienza predibattimentale, con funzione di filtro, da celebrarsi in camera di consiglio avanti a un giudice diverso da quello del dibattimento. Tale previsione costituisce un evidente aggravio di procedura che verosimilmente non porterà a una semplificazione e a un alleggerimento del carico di lavoro, né a una velocizzazione dei tempi del processo, atteso che per celebrare i dibattimenti, saranno necessari altri magistrati. Ciò costituirà un serio problema, soprattutto per tribunali piccoli, come quello di Trento, in cui l'organico del settore penale è molto ridotto e già ora è spesso necessario ricorrere ai magistrati della Sezione civile per la trattazione dei procedimenti penali.

Non risulta quindi gestibile tale modifica procedurale senza un ragionevole aumento di organico di magistrati.

Inoltre, benché debba essere dato un giudizio senz'altro positivo sulla parte di riforma che riguarda le nuove sanzioni sostitutive, l'ampliamento dei casi di messa alla prova e la giustizia riparativa (con l'avvertenza che la mediazione non potrà riguardare i casi di violenza domestica in quanto in contrasto con l'art. 48 della Convenzione di Istanbul del 2011, che vieta la mediazione familiare in tali casi), non si può non rilevare come all'aumento che in futuro si avrà dei procedimenti definiti con tali istituti, deriverà un aggravio di lavoro per il servizio UEPE, il quale sappiamo come anche nel nostro distretto sia in affanno già ora per la gestione delle misure alternative al carcere e per i progetti di MAP, a causa di gravi carenze di organico di tutte le figure di operatori.

Anche per dare attuazione tale parte della riforma sono quindi assolutamente necessari e indispensabili importanti investimenti e assunzioni di personale necessario a rendere applicabili le soluzioni alternative al carcere, pena la vanificazione degli intenti che sono alla base della nuova disciplina.

Certo, sono possibili fin da ora soluzioni operative, quali l'adozione di prassi e protocolli condivisi tra Magistratura, Avvocatura e Servizi, che possano ridurre al minimo l'intervento dell'UEPE, responsabilizzando l'attività dei difensori.

Un primo importante esempio in tale direzione è rappresentato dallo “Schema operativo per l’applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi” sottoscritto nel distretto di Milano nel febbraio 2023, che ha per obiettivo quello di razionalizzare l’utilizzo delle risorse “e ottimizzare energie personali e il tempo di tutti gli operatori istituzionali e professionali, secondo la corretta e corresponsabile interpretazione e applicazione della legge”, in una prospettiva che vede il difensore rendersi parte diligente, in considerazione della natura “concordata” della pena, attraverso produzioni documentali complete “che rendano superfluo o quanto meno più agevole l’istruttoria preliminare, fino a evitare l’intervento preventivo dell’UEPE, che resta indispensabile per legge solo in caso di semilibertà”.

La complessità della situazione richiede pertanto una grande collaborazione tra tutti i soggetti coinvolti nel mondo della giustizia per dare attuazione concreta a impegni che ci potranno far raggiungere risultati economici e di progresso sociale per il futuro del nostro Paese e per recuperare la credibilità dell’Italia a livello europeo e internazionale, oltre che, obiettivo certamente non secondario, pervenire a una risposta individualizzata nella prospettiva della piena attuazione della funzione rieducativa della pena e della pena detentiva quale *extrema ratio*.

La magistratura trentina non si sottrarrà a questo compito e si rende concretamente disponibile, proseguendo nel tempo nello spirito costruttivo di questo confronto, a interloquire con tutti i soggetti interessati, a cominciare dall’Avvocatura e dall’UEPE, con i quali sono sempre stati aperti negli anni postivi canali di collaborazione.

Vorrei infine ricordare che non si può vagheggiare una giustizia “perfetta”, intesa come organizzazione giudiziaria dello Stato, senza che venga perseguita come obiettivo prioritario una concreta politica di giustizia sociale, che combatta disuguaglianze e povertà – che nel nostro Paese sono in preoccupante aumento – e che punti alla riduzione del conflitto sociale.

Al contempo, occorre anche un impegno collettivo nel rafforzamento dei valori fondamentali della nostra Costituzione tra tutti i consociati, attraverso la ricostruzione del legame sociale e del riconoscimento dell’Altro e – ancor prima che sul piano giudiziario –, sul piano sociale e culturale, occorre combattere la logica della sopraffazione, della di-

scriminazione e dell'odio, per riaffermare la cultura della legalità e del rispetto dei diritti.

Le istituzioni pubbliche, la scuola, la famiglia, l'associazionismo culturale e sportivo, il volontariato, la società civile nel suo complesso, costituiscono i migliori alleati di una riforma della giustizia che non sia soltanto il perseguimento di risultati economici e statistici, ma che possa tornare a essere intesa nel significato originario e antico del termine, come salute della comunità.

PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE

Federica Iovene

La riforma Cartabia costituisce senz'altro la riforma del processo penale di più ampio respiro degli ultimi anni e al tempo stesso ha introdotto significative modifiche al diritto penale sostanziale.

Tra gli aspetti innovativi della riforma, sotto il profilo del diritto penale sostanziale, ma con ovvie ricadute sul diritto processuale, vi è innanzitutto la novella delle pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Nel quadro della riforma, la disciplina delle pene sostitutive si ricava dal combinato disposto degli articoli 20 *bis* c.p., 545 *bis* c.p.p. e 53 ss. Legge 24 novembre 1981, n. 689.

In particolare, il novero delle pene sostitutive (sanzioni sostitutive ante-riforma) è stato ampliato e modificato, oltre a essere stato aumentato il limite massimo di pena sostituibile – che oggi arriva fino a quattro anni – e ad essere stata introdotta la possibilità per lo stesso imputato di chiedere l'applicazione di una pena sostitutiva in sede di richiesta di patteggiamento.

Ai sensi del neo introdotto art. 20 *bis* c.p. le pene sostitutive, per la cui compiuta disciplina la norma rimanda alla legge 689/1981, sono la semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva, nel caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, nel caso di condanna a pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni e la pena pecuniaria sostitutiva, nel caso di condanna a pena detentiva non superiore nel massimo a un anno.

Specularmente, è stato introdotto nel codice di rito l'art. 545 *bis*, rubricato "condanna a pena sostitutiva", che disciplina il procedimento per l'applicazione da parte del giudice della cognizione della pena sostitutiva.

In particolare, la norma prevede che, subito dopo la lettura del dispositivo, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con

una delle pene di cui all'art. 53 legge 689/1981, il giudice ne dà avviso alle parti.

Se l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, acconsente alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria, ovvero se può aver luogo la sostituzione con detta pena, il giudice, sentito il pubblico ministero, quando non è possibile decidere immediatamente, fissa apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente; in tal caso il processo è sospeso.

Il giudice dispone quindi di poteri istruttori per acquisire le informazioni e la documentazione necessaria dall'UEPE e tramite la polizia giudiziaria in merito alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato. Una volta acquisiti i documenti e le informazioni necessarie, il giudice, all'udienza fissata, sentite le parti, se sostituisce la pena, integra il dispositivo indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti. La motivazione della sentenza, se contestuale al dispositivo ai sensi dell'art. 544, comma 1 c.p.p., va redatta contestualmente al dispositivo integrato, mentre, nel caso di motivazione non contestuale, i termini decorrono dalla lettura del dispositivo integrato (art. 454 *bis*, comma 4 c.p.p.).

È prevista, quindi, una doppia fase di pronuncia della sentenza di condanna.

Uno dei primi problemi che si sono posti nella prassi applicativa della norma ha riguardato le sentenze di applicazione pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Secondo il disposto del novellato art. 53 legge 689/1981, infatti, il giudice può applicare la pena sostitutiva anche in caso di patteggiamento.

A tal proposito, tenuto conto del fatto che secondo gli orientamenti delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un. 19 luglio 2018, n. 40986), la motivazione della sentenza di patteggiamento deve essere contestuale al dispositivo, è auspicabile che già in sede di formulazione dell'istanza, il difensore fornisca la documentazione necessaria per permettere, al pubblico ministero prima e al giudice poi, di valutare i presupposti per l'applicazione della pena sostitutiva. Ciò vale principalmente nel caso in

cui si chieda come pena sostitutiva la pena pecuniaria, da commisurare all'interno di una cornice che va da 5 euro a 2.500 euro, in funzione della quota di reddito giornaliero che, tenuto conto delle condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare può essere impiegato per il pagamento della pena pecuniaria, ovvero quando si chiedano i lavori di pubblica utilità sostitutivi. In quest'ultimo caso, considerato che occorrerà corredare l'istanza dal programma elaborato dall'UEPE sembra pressoché inevitabile seguire anche nel caso di patteggiamento il disposto dell'art. 545 *bis* c.p.p. e quindi fissare una nuova udienza per integrare il dispositivo con la conseguenza che, giusto il disposto dell'art. 454 *bis* c.p.p., il principio di contestualità della motivazione della sentenza di patteggiamento, va riferito all'udienza in cui verrà data lettura del dispositivo integrato.

Un secondo aspetto che va evidenziato con riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva è il differente importo fissato dal legislatore all'art. 56 *quater* legge 689/1981 per la sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria, rispetto a quanto previsto dall'art. 459, comma 1 *bis* c.p.p. nel caso del decreto penale di condanna. Nel primo caso il *range* entro cui individuare la cifra di conversione, tenuto delle condizioni reddituali e patrimoniali dell'imputato e del suo nucleo familiare, va da 5 euro a 2.500 euro, nel secondo caso da 5 euro a 250 euro. Una differenza significativa che si spiega, a mio modo di vedere, con il fatto che il decreto penale, diversamente dalla pena pecuniaria sostitutiva, è ispirato a una logica premiale che si estende fino a ricomprendere un più mite criterio di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria.

Logica conseguenza dell'introduzione all'art. 459, comma 1 *bis* c.p.p. di un limite minimo e di un limite massimo del valore giornaliero di pena pecuniaria è la opportunità, già durante la fase delle indagini per il pubblico ministero che intenda definire il procedimento con richiesta di emissione di decreto penale di condanna, di svolgere delle indagini patrimoniali al fine di stabilire quale sia la quota di reddito impiegabile dall'indagato per il pagamento della pena pecuniaria, così da individuare il criterio di conversione della pena detentiva maggiormente idoneo nel caso concreto.

Analogamente, come evidenziato, anche il giudice, nel momento in cui gli verrà chiesta una pena pecuniaria sostitutiva, potrà svolgere, d'ufficio, tali accertamenti patrimoniali, laddove non sia lo stesso imputato che chiede la conversione a produrre contestualmente la documentazione necessaria, ovvero laddove la stessa non sia ritenuta sufficiente.

Infine, tra gli aspetti più innovativi della riforma Cartabia vi è senz'altro l'introduzione dell'istituto della giustizia riparativa, la cui entrata in vigore è prevista per il 30.06.2023, che all'evidenza risponde a logiche diverse da quelle che hanno ispirato la riforma; infatti, la giustizia riparativa, concepita come istituto autonomo rispetto al processo penale, seppur ad esso inevitabilmente connesso potendo essere attivato, su impulso dello stesso pubblico ministero, già durante la fase delle indagini preliminari, non assolve a finalità deflattive o acceleratorie, anche se l'esito positivo del programma di giustizia riparativa può, in casi di reati procedibili a querela, portare all'estinzione del reato per remissione tacita di querela.

Nonostante il principio cardine sia l'autonomia rispetto al procedimento penale, vi sono interferenze di vario tipo con quest'ultimo, non solo nel caso di reati procedibili a querela per i quali, come si è detto, è previsto che l'esito positivo del programma di giustizia riparativa comporti remissione tacita della querela (e quindi l'estinzione del reato), ma anche nel caso di reati procedibili d'ufficio, in quanto l'esito positivo della partecipazione ad un programma di giustizia riparativa è stato inserito nell'elenco delle circostanze attenuanti comuni (e in particolare nella lettera dell'art. 62, n. 6) c.p.) a fianco alla riparazione/risarcimento del danno e indicato come presupposto per la concessione della sospensione condizionale della pena per un anno, con successiva estinzione del reato, in caso di condanne a pena detentiva fino a un anno.

Ritengo che il banco di prova del funzionamento di quest'ultimo istituto siano non tanto i reati "minori" o comunque procedibili a querela, per i quali l'ordinamento oggi prevede già istituti di definizione alternativa del procedimento penale – e mi riferisco in particolare alla messa alla prova e alle condotte riparatorie – bensì le forme più gravi di criminalità. Infatti, in quest'ultimo caso, la giustizia riparativa può assolvere a uno dei suoi scopi primari che è quello di aiutare la vittima a

superare il trauma del reato, sempre se la stessa manifesti espressamente la propria volontà di intraprendere questo percorso, che è strutturato su base volontaria. Un programma che è affidato a mediatori professionisti e che, nel caso di reati procedibili d'ufficio o a querela non soggetta a remissione, corre parallelo e autonomo rispetto al processo penale, non essendo prevista la possibilità di sospendere il processo in attesa dell'esito del programma di giustizia riparativa.

LA PROSPETTIVA DEL CENTRO DI GIUSTIZIA RIPARATIVA DELLA REGIONE AUTONOMA TRENTINO-ALTO ADIGE/SÜDTIROL

Valeria Tramonte

Nel corso dell'anno 2004 la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, in virtù dei particolari compiti e funzioni in materia di giudici di pace previsti dalla normativa di attuazione dello speciale Statuto di Autonomia, ha dato vita a un progetto, inizialmente sperimentale, relativo alla costituzione di un Centro per la mediazione penale che potesse supportare l'attività dei giudici di pace operanti sul territorio regionale per quanto previsto all'art. 29 co. 4 del decreto legislativo 274/2000.

Il Centro, che in seguito è stato denominato Centro di giustizia riparativa, è articolato in due sezioni, con sede negli uffici regionali di Trento e Bolzano ed è parte dell'Ufficio Giudici di Pace e Giustizia Riparativa della Ripartizione III - Minoranze linguistiche, integrazione europea e Giudici di Pace. Presso il Centro sono al momento impiegate quattro mediatrici assunte con contratto di lavoro a tempo indeterminato. La Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol assicura le risorse necessarie per il funzionamento del Centro garantendo al personale anche formazione continua e aggiornamento.

Il Centro si è occupato di mediazione penale e giustizia riparativa nell'ambito del procedimento penale davanti al Giudice di pace, e, sulla base di specifici protocolli e intese, nel procedimento penale minorile (per il territorio della Provincia di Trento), nella messa alla prova dell'imputato adulto, nella fase esecutiva della pena, oltre che di sensibilizzazione e informazione sui temi della mediazione e della giustizia riparativa.

La riforma Cartabia, tema del convegno odierno, rappresenta uno snodo cruciale nelle vicende della giustizia riparativa nel nostro Paese: essa introduce una disciplina organica della giustizia riparativa e ci in-

dica la strada da seguire; ci consegna mappa e bussola. Il decreto legislativo 150/2022 prevede la possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento; allarga gli spazi di messa in atto delle pratiche riparative che sinora abbiamo conosciuto, ampliandoli al procedimento penale ordinario, anticipandoli alla fase che precede l'eventuale presentazione di querela, prolungandoli anche alla fase esecutiva.

Da una parte, dunque, estende l'accesso e dall'altra costruisce una cornice entro la quale le esperienze di giustizia riparativa assumono un significato rinnovato, ora che loro è offerto un riconoscimento normativo. Il decreto legislativo 150/2022 legittima le pratiche di giustizia riparativa e, collegando all'esito riparativo conseguenze anche potenzialmente rilevanti, riconosce che la giustizia riparativa può produrre risultati che è importante valorizzare. Non è un'operazione di poco conto.

A nostro avviso, ciò costituisce una grande occasione per i cittadini e per il sistema giudiziario. Ai cittadini, che possono essere persone offese o persone responsabili dell'offesa (la disciplina organica parla, a partire dall'art. 42 co 1 lettera a), di "offesa" a sottolineare un fondamentale cambio di lenti), la riforma offre la possibilità di accedere, se lo vogliono, a un percorso che affronti anche la componente relazionale di quanto è avvenuto e che sia finalizzato a ricercare modalità riparative del danno causato dal reato.

Si tratta di un percorso che non può che essere volontario, per chi ha commesso il reato e per chi il reato l'ha subito; tale irrinunciabile volontarietà costituisce una garanzia forte e centrale che risponde anche alle critiche di chi ritiene che un percorso riparativo non sia adatto ad alcune situazioni o ad alcuni reati.

I contenuti degli incontri sono coperti da confidenzialità e all'autorità giudiziaria sarà riportato e descritto soltanto l'eventuale raggiungimento di un esito riparativo. Nessuna conseguenza negativa potrà derivare dalla mancata partecipazione ai programmi o dall'interruzione degli stessi.

I percorsi di giustizia riparativa sono e saranno gestiti da mediatori formati ed esperti, come previsto nel dettaglio dai decreti che disciplineranno la formazione e il relativo albo professionale.

Siamo consapevoli del fatto che l'apertura alla giustizia riparativa e la sua reale applicazione dipenderanno molto dalla capacità di chi se ne occupa e di chi gravita intorno al procedimento penale di comprendersi e collaborare. Sarà necessario un paziente e aperto confronto tra mediatori, magistratura, legali, funzionari di servizio sociale, accademia, istituzioni, comunità, al cui interno dovranno essere in particolar modo coinvolte le associazioni di vittime.

Alcuni elementi saranno da tenere in considerazione in questo lavoro di tessitura: il primo è l'inevitabile complessità che accompagnerà il raccordo tra la disciplina organica e il modello tradizionale di processo.

Un ulteriore elemento può essere costituito dal linguaggio, diverso ma non incompatibile. Chi si occupa di diritto non è abituato, credo, a considerare pertinente un linguaggio più relazionale, che forse da alcuni è persino percepito come inopportuno o inadeguato al contesto. Eppure il reato ha molto a che fare con la relazione, sia che questa fosse preesistente al fatto per cui si procede, sia che non lo fosse.

Inoltre, sarà necessario che i dubbi, le perplessità, le diffidenze vengano accolti e che a essi siano date risposte convincenti; sarà centrale continuare a offrire servizi di qualità, gestiti da professionisti formati e aggiornati, e aprirsi al dialogo con gli interlocutori già richiamati. La migliore dimostrazione dell'efficacia dei percorsi di giustizia riparativa saranno i percorsi riusciti, mentre quelli non effettuabili o interrotti ci ricorderanno da un lato che la volontarietà è un requisito irrinunciabile, dall'altro che un grande lavoro culturale e di sensibilizzazione rimane da fare, affinché anche il rifiuto di partecipare sia espresso avendo piena consapevolezza di cosa offre la giustizia riparativa e del motivo per cui questa può rappresentare un'occasione.

Spesso, infatti, intraprendere un percorso riparativo è nell'interesse delle parti. Fiammetta Borsellino, ospite del carcere di Bolzano qualche giorno fa in un incontro promosso dalla sede di Bolzano del nostro Centro, raccontava che nonostante le dicessero che non era il caso, che sarebbe rimasta delusa, che sarebbe stato frustrante, sentiva il bisogno di incontrare alcuni dei responsabili del terribile attentato al padre – e su quel bisogno nessuno poteva dire nulla, perché era suo. Queste parole confermano la convinzione che la persona offesa non sia un soggetto da tenere necessariamente separato dall'autore di reato, da tutelare in un mo-

do che le toglie la possibilità di autodeterminarsi. La persona offesa può decidere per sé. Ha il diritto, previsto da ultimo anche dalla raccomandazione CM/rec 2023/2, di accedere, se lo vuole, a percorsi riparativi.

La giustizia riparativa può rispondere anche ai bisogni degli autori di reato: anche in questo caso spesso siamo vittime di preconcetti, di stereotipi che considerano la persona che ha commesso un reato come un soggetto che ha come obiettivo soltanto la strategia difensiva e il contenimento della sanzione. Non sempre è così, e anzi, a volte se è così è anche perché si è inseriti in un sistema di giudizio. In un contesto in cui è possibile parlare e spiegarsi e in cui non si deve temere che quello che si dice possa infine danneggiare, si ha la possibilità di avvicinarsi all'altro in dialogo, con l'autenticità che il non doversi preoccupare di potenziali conseguenze negative consente. Si può riparare se lo si considera giusto. È il caso di alcuni ragazzi, il cui fascicolo era stato inviato dal Tribunale per i Minorenni che aveva intuito la possibilità che dal dialogo con la parte offesa emergessero elementi responsabilizzanti, che di fronte al racconto della parte offesa di quali e quanti erano stati i disagi subiti e di come l'accaduto avesse generato delusione e frustrazione, hanno sentito che, anche al di là di ciò che sarebbe avvenuto nel procedimento penale, era loro desiderio riparare concretamente a quello che avevano causato.

Ricerche empiriche dimostrano che la giustizia riparativa è efficace, da più punti di vista. Pur non essendo questa la sede per richiamare gli studi che evidenziano quest'efficacia, vale la pena ricordare che è stato provato che le pratiche riparative hanno un impatto sulla recidiva, soprattutto nel caso di incontro diretto tra persona offesa e autore. Oltre a ciò, la definizione degli accordi durante un dialogo riparativo ne assicura un maggiore rispetto e la partecipazione a un percorso riparativo è un'esperienza di cui autori e persone offese si dicono generalmente soddisfatti¹. Le pratiche riparative hanno un impatto psicologico positi-

¹ Tra gli altri, B. MARYFIELD, R. PRZYBILKI, M. MYRENT, *Research on Restorative Justice Practices*, Justice Research and Statistics Association, 2018; C.S. KIMBRELL, D.B. WILSON, A. OLAGHERE, *Restorative justice programs and practices in juvenile justice: An updated systematic review and meta-analysis for effectiveness*, in *Criminology & Public Policy*, 22, 2023, 161-195.

vo sulle persone offese e contribuiscono a ridurre eventuale stress post traumatico².

Il presupposto della giustizia riparativa è che sia possibile generare responsabilizzazione con azioni non necessariamente sanzionatorie, alla luce della considerazione secondo la quale il conflitto, la separazione, la divisione, non sono strumenti con cui si costruisce benessere. Lo sono, o quanto meno cercano di esserlo, l'ascolto, il dialogo e il darsi tempo per riparare.

Concludendo, riteniamo che la disciplina organica della giustizia riparativa contenuta nel decreto legislativo 150/2022 offra un'occasione importante. Allo stesso tempo, sentiamo forte la responsabilità, in questo momento storico particolare, di continuare a offrire un servizio qualificato, presente, pronto al confronto, e sappiamo bene che sarà necessario consolidare la credibilità che come Centro crediamo di aver costruito. Conosciamo le resistenze e le diffidenze che talvolta la giustizia riparativa incontra, ma crediamo nel suo valore e nel nostro lavoro, sappiamo di poter contare su un'esperienza solida e allo stesso tempo siamo consapevoli del fatto che sarà importante proseguire l'impegno aprendosi sempre più al dialogo e all'ascolto delle altre categorie professionali e delle istituzioni coinvolte, nell'ulteriore sfida che questa riforma ci pone, cioè valorizzare il ruolo della comunità nelle pratiche riparative, nelle numerose declinazioni possibili, da analizzare e sperimentare.

² A.M. NASCIMENTO, J. ANDRADE, A. DE CASTRO RODRIGUES, *The Psychological Impact of Restorative Justice Practices on Victims of Crimes-a Systematic Review*, in *Trauma Violence Abuse*, 2023, July; 24(3), p. 1929-1947.

UNA GIUSTIZIA DI COMUNITÀ

INCENTIVARE LA CULTURA DEL DIALOGO IN UNA SOCIETÀ SOLIDARISTICA CHE MIRA AL BENESSERE COLLETTIVO

Rosalia Rigoli

SOMMARIO: *1. La cultura di una comunità: il valore del dialogo. 2. Il sistema di probation italiano. 3. Il mandato dell'UEPE in seguito alla riforma. 4. Conclusioni.*

1. La cultura di una comunità: il valore del dialogo

La cultura di una comunità ne dirige e avvolge l'intera azione sociale; quest'ultima, unitamente agli attori sociali, attraverso la sua ripetizione crea e da nuovo contenuto ai valori, opinioni, significato sociale dei comportamenti, creando con-senso ed entrando a far parte del suo patrimonio sociale, di quel complesso processo di costruzione della società. Processo, quest'ultimo, che è attivato con il confronto, lo scambio di idee e riflessioni su ogni nuovo intervento normativo e pratica, momento offertoci in occasione del convegno, che realizza la visione che la società ha di Giustizia.

Così facendo in questo periodo storico il modello di giustizia riparativa, nel dare centralità alla vittima e alla riparazione delle conseguenze dannose del reato, diffonde i valori della non violenza, del rispetto della dignità della persona, della solidarietà, della responsabilità attiva.

Tale approccio attraverso l'ascolto, il dialogo e l'incontro mette in luce l'effetto che il reato ha avuto sulle persone e sulle relazioni umane e si pone l'obiettivo di coinvolgerle tutte, attivamente, nella ricerca di una risposta riparativa adeguata ai bisogni di ciascuno.

La nuova sfida è, dunque, attivare il dialogo tra i protagonisti: il responsabile dell'azione, la parte offesa e la comunità, che diventa imprescindibile per trovare una soluzione condivisa che promuova la ripara-

zione, la responsabilizzazione, la (ri)costruzione di legami sociali, il senso di sicurezza collettiva. Per dirla con le parole di Ricouer¹ “occorre aprire le porte a una giustizia ricostruttiva, non violenta”, una giustizia che miri appunto a ristabilire/ricostruire il legame sociale infranto dalle condotte trasgressive e persegua il fine ultimo del benessere collettivo.

I delitti e i crimini in questa prospettiva intersoggettiva sono considerati una ferita della mutualità, un mancato riconoscimento degli altri, che colpisce non solo la vittima, ma l'intero tessuto sociale il quale lega vicendevolmente gli esseri umani gli uni agli altri, per cui gli attori istituzionali sono investiti dell'arduo compito di adattare il modello di diritto razionale, centralizzato, formalista, all'evoluzione della complessità dei rapporti sociali e alla richiesta di una partecipazione più attiva. Si tratta di ridefinire la responsabilità, riallocandole e realizzando corresponsabilità con gli organismi extra-giudiziari, richiamando parole-chiave come *partnership*, *alleanza pubblico-privato*, *attivazione comunitaria*, *creazione di cittadinanza attiva*, per l'appunto una Giustizia di Comunità.

Con quest'ultimo termine si vuole richiamare il sistema di percorsi, spazi, funzioni, nonché programmi mirati e responsabilizzanti che rappresentano una modalità di gestione dei conflitti e della risposta punitiva, in cui le parti: autori di reato, vittime e Comunità, possano esprimersi e riconoscersi, partecipare alle decisioni e individuare risposte adeguate ai propri bisogni, in un contesto che valorizza la responsabilità e il supporto sociale, favorito dalla comunicazione. L'obiettivo ultimo sarà quello di rendere possibile una comprensione reciproca e risposte concrete e adeguate che permettano il mantenimento della coesione e sicurezza collettiva, favorendo la prevenzione della recidiva; per dirla con parole di *Così*² occorre che il diritto diventi “un modello flessibile adattato alle situazioni concrete”. Ed è in questo nuovo scenario che dobbiamo leggere l'intervento della Riforma Cartabia.

¹ P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 2016.

² G. COSI, *Mediazione: un'alternativa al giudizio*, in ID. (a cura di), *La responsabilità del giurista? Etica e professione legale*, Torino, 1998.

2. *Il sistema di probation italiano*

Dal 1975, nonostante talune *contraddizioni*, il percorso tracciato dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario, Legge n. 354 del 1975, continua a muoversi verso l'apertura del carcere alla società, con misure che tendono a limitare il ricorso alla pena detentiva, considerata "ultima ratio".

D'altronde, è oramai consolidato che la flessibilità della pena è una premessa fondamentale per una esecuzione penale che, nel tempo, possa produrre modificazioni del comportamento della persona condannata nella direzione di un reinserimento sociale compiuto e duraturo, che, al tempo stesso, ristabilisca sicurezza sociale e prevenga la reiterazione di reati. Tra l'altro, le misure di esecuzione penale non detentive, crescendo e differenziandosi in forme sempre più articolate, sono diventate la modalità privilegiata di esecuzione della pena con lo scopo di mantenere il reo nella comunità di appartenenza e dalla comunità trarre legittimazione.

La Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(1992)16 ha infatti definito e introdotto il termine di "community sanction", indicando con esso ogni

sanzione che mantiene il reo nella società e compori alcune restrizioni della sua libertà attraverso l'imposizione di condizioni e obblighi, la cui applicazione sia basata sulla gestione di programmi personalizzati e lo sviluppo di un'appropriata relazione professionale fra il reo, il supervisore e ogni organizzazione interna alla comunità.

In questa Direzione si esercita il mandato degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna, uffici periferici del sistema giustizia collocati in seno alle comunità territoriali con le quali collaborano nel perseguimento dell'obiettivo comune del benessere collettivo.

I servizi dell'EPE, com'è a tutti noto, per anni, con un personale tecnico costituito prevalentemente da assistenti sociali, hanno portato da soli il peso della gestione dell'esecuzione penale esterna, in condizioni spesso difficilissime, rischiose, con ritmi e carichi di lavoro a volte molto pesanti e con carenze dal punto di vista delle risorse e di personale; ciononostante, hanno, non solo assicurato la tenuta del sistema,

grazie anche alla scelta strategica di investire nella multiprofessionalità, ma hanno contribuito alla crescita culturale, alla dimensione progettuale e di ricerca, assicurando la loro presenza nella comunità.

Oggi l'UEPE si presenta come "sistema aperto", vitale e autoregolato; un servizio multiprofessionale potenzialmente in grado di creatività operativa e progettuale, capace di misurarsi con le difficoltà e le incertezze generate dal doversi occupare di fenomeni umani, mai uguali e in continuo mutamento³, impegno che condivide con gli attori della comunità nella quale vengono eseguite le misure e sanzioni non detentive, i quali partecipano alla realizzazione dei percorsi di inclusione sociale condividendo la stessa lettura dei fenomeni e la responsabilità nel perseguimento della finalità ultima del benessere collettivo. E tale collaborazione sarà tanto più concertata ed efficiente, quanto più è presente nel territorio una programmazione integrata della gestione delle misure non detentive, che si accompagna a forme organizzative di integrazione fra gli attori della Rete quali: accordi tra i soggetti pubblici e privati coinvolti, approvati dai rispettivi organi di indirizzo e controllo (integrazione istituzionale), oppure accordi tra i relativi responsabili (integrazione gestionale), ovvero tramite protocolli operativi tra gli operatori (integrazione professionale).

Nello specifico degli interventi riformatori che hanno fatto ingresso nell'Ordinamento giuridico nel corso degli ultimi decenni, essi non hanno, purtroppo, rappresentato riforme di sistema, ma si sono presentati quali singoli tentativi normativi diretti a ridurre l'area di intervento esclusivo della pena carceraria, dalla fase di previsione legislativa a quella dell'accertamento giudiziario, a quella esecutiva.

In tale direzione si inquadra, tra le altre, solo per nominarne qualcuna, la legge nr. 67/2014, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico l'Istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli adulti e, a mio avviso, anche la nuova Riforma Cartabia, che si è proposta di superare talune criticità presenti nel nostro Sistema, avvicinando la nostra realtà alle caratteristiche presenti negli altri paesi europei, con il merito di aver fornito il giusto riconoscimento alla Giustizia Riparati-

³ E.V. PETRALLA, D. LOBASCIO, S. FICCO REGINA, *L'evoluzione del sistema dell'esecuzione penale esterna: nuovi approcci di gestione – nuove prospettive di studio*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 3, 2011.

va e di avere accettato la sfida culturale e di conseguenza quella organizzativa.

Con quest'ultima attribuzione mi riferisco alla necessità, non soltanto, di consolidare il modello multiprofessionale nei servizi di probation, ma di incrementarne la dotazione organica, che, ancora oggi, vede un'enorme sproporzione nel rapporto tra operatori dell'area detentiva e operatori dell'area penale esterna a sfavore di questi ultimi, soprattutto se paragonato alle esperienze dei paesi dell'UE.

Non dimentichiamoci che ogni riforma che introduca nell'ordinamento giuridico dei correttivi, istituti giuridici quali nuove sanzioni di comunità, deve prevedere, nondimeno, i mezzi concreti che concorrono alla loro realizzazione, ossia in detto caso programmazione e riorganizzazione del sistema giudiziario e dell'esecuzione penale esterna, sotto il profilo delle strutture fisiche, delle risorse materiali e umane da destinare, dei processi operativi e così via.

3. Il mandato dell'UEPE in seguito alla riforma

Nello specifico delle funzioni dell'UEPE la riforma Cartabia è intervenuta:

- per l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto: è stato ampliato il catalogo dei reati per i quali è prevista la possibilità di accedere alla messa alla prova, aumentando l'ambito di applicabilità a quelle fattispecie di reato punibili con pene, non più sino a quattro anni, ma a sei anni ed è stata estesa al PM, all'esito delle indagini preliminari, la possibilità di formulare una proposta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, previa acquisizione del consenso dello stesso;
- con la riforma della L. 689/81: introducendo l'impianto delle Pene sostitutive di pene detentive brevi. Le misure sostitutive della pena: pena pecuniaria, lavoro di pubblica utilità, detenzione domiciliare e semilibertà sostitutive, possono essere applicate in caso di condanne fino a quattro anni (in precedenza il limite massimo di pena detentiva sostituibile era di due anni).

L'intervento normativo ha così aumentato l'area delle misure e sanzioni non detentive, realizzando l'autonomia di talune sanzioni di comunità graduabili dallo stesso giudice della cognizione e non più come alternativa alla detenzione; pene, quelle sostitutive, orientate non più solo in termini di limiti e divieti, ma anche in senso attivo, ossia, volte a realizzare un più compiuto percorso di reinserimento sociale, impegnando il condannato a "fare" qualcosa per la comunità, oltre che per sé, come per esempio lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità.

La componente detentiva delle misure *de quibus* diventa "recessiva" al fine di salvaguardare l'utilità delle misure stesse a fini rieducativi e di reinserimento sociale, aprendo "finestre" più ampie per il condannato con il mondo esterno.

Altresì, si è introdotto il processo bifasico caratterizzato da un primo momento, volto all'accertamento della colpevolezza e all'affermazione della responsabilità, con l'individuazione della pena pecuniaria corrispondente e da un secondo, diretto alla scelta della più adeguata misura che consenta alla persona condannata un'esecuzione efficace e corrispondente alla sua situazione personale; attività, questa, che il Giudice eserciterà anche attraverso l'utilizzazione di organi di consulenza, tra cui l'UEPE.

Per le stesse finalità il Servizio di esecuzione penale esterna, al fine di orientare il giudice nella sua decisione, è chiamato a redigere uno specifico programma di trattamento che deve essere approvato dallo stesso giudice, programma che è fondamentale e necessario per la semi-libertà sostitutiva, istituto che coinvolge nella sua gestione anche l'Istituto di Pena.

Il Servizio EPE viene così coinvolto già dalla fase processuale nel percorso penale della persona, offrendo, qualora ritenuto necessario dall'A.G. precedente, informazioni sulla situazione di vita e sulle opportunità presenti, mantenendo funzioni di verifica e controllo su tutta l'eventuale esecuzione.

Il nuovo ruolo, quello dell'Organo di cognizione, che sino a fine 2022 era attribuito principalmente al Tribunale di Sorveglianza e le nuove competenze dell'UEPE, comportano quindi, per gli attori istituzionali, anche una revisione e riorganizzazione della parte procedurale e l'avvio di confronto tra i principali organi del sistema giustizia coinvolti.

Ecco perché, come per i precedenti Istituti Giuridici (non ultimo la sospensione del procedimento con messa alla prova), è auspicabile e opportuno, come sollecitato anche dalle Direzioni Centrali, giungere alla condivisione e sottoscrizione di protocolli che dirigano e omogeneizzino le prassi operative.

La portata della Riforma, infatti, trova impreparati i vari attori, impegnati immediatamente a far fronte alle nuove funzioni.

La sede privilegiata in cui si inserisce la seconda fase di scelta da parte del Giudice di Cognizione, alla luce di questi primi mesi di sperimentazione sembra essere l'udienza di patteggiamento (art. 545 c.p.p.), sede in cui il giudice laddove applicata la pena detentiva, rilevato che ricorrano le condizioni per la sua sostituzione, acquisisce il consenso del condannato e, se non può decidere immediatamente, sentito anche il PM, fissa un'apposita udienza camerale non oltre i 60 gg. successivi, richiedendo l'intervento dell'UEPE.

A oggi, per quanto riguarda la sede di Trento, laddove il Giudice valutato ammissibile la sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare e/o la semilibertà è intervenuta la richiesta, qualora lo ritenesse necessario, di informazioni all'UEPE. Nel caso di possibile conversione con il LPU sostitutivo è richiesto, se ritenuto necessario, l'elaborazione del programma di trattamento.

L'esperienza sinora maturata ha eletto anche la principalità, per l'eventuale conversione, del procedimento per decreto. Infatti, nei casi di conversione con decreto penale di condanna della pena detentiva breve sino a un anno, con la pena pecuniaria, la persona può, entro quindici giorni dalla notifica, chiedere la conversione in lavoro di pubblica utilità e, a tal fine, ha sessanta giorni per chiedere all'UEPE l'elaborazione del programma al fine di presentarlo al Giudice per la valutazione.

Quanto sopra indicato è la prevalente casistica sino a oggi in carico alla sede dell'UEPE di Trento che ha dato modo di rilevare talune criticità. In primo luogo, le richieste d'intervento che vengono indicate nel verbale di udienza sintetico risultano essere non chiare e generiche, prive, nella maggior parte dei casi, dei dati anagrafici della persona, elementi per l'Ufficio fondamentali per l'avvio degli interventi di competenza. A tale carenza è stato ovviato con conseguente richiesta d'intere-

grazione all'A.G. competente e al legale di fiducia del condannato, ciò però, con spreco di tempo e risorse.

In secondo luogo, i tempi a disposizione per lo svolgimento del mandato (60 giorni), che si riduce ulteriormente tra il deposito del verbale in cancelleria e l'invio al Servizio, non è spesso sufficiente per il completamento dell'istruttoria e/o l'elaborazione di un programma di trattamento. La difficoltà nel rispettare i termini trova fondamento, nella complessità delle situazioni ma, anche, nell'elevato numero di procedimenti in carico ed esiguità del personale di ruolo, che numericamente è ben diverso dalla dotazione prevista dalla pianta organica.

Per quanto riguarda l'esecuzione delle nuove pene sostitutive, le criticità riscontrate attengono all'esecuzione del lavoro di pubblica utilità, che rappresenta la casistica. Le convenzioni sinora siglate per lo svolgimento del LPU, sono dirette a precedenti Istituti giuridici e, dunque, attendono di essere integrate e/o di procedere con la sottoscrizione di nuove convenzioni. Inoltre, si segnala che gli Enti convenzionati, che in atto collaborano con il sistema giustizia, hanno raggiunto un numero di inserimenti massimo e hanno difficoltà ad aumentare il numero delle loro disponibilità. Taluni di essi presentano, nondimeno, anche lunghe liste di attesa per l'esecuzione dell'attività, il cui avvio è subordinato alla conclusione di un altro percorso. La situazione anzidetta si scontrerebbe, tra l'altro con l'immediata esecutività del LPU sostitutivo.

La copertura assicurativa per lo svolgimento della prestazione, che risulta impegno in capo agli Enti, sinora è stata assicurata grazie, soprattutto, all'intervento del Fondo creato presso il Ministero delle Pari Opportunità e diretto a tale fine, il cui uso è stato dettagliato con un nuovo intervento normativo nel 2020. Quest'ultimo non contempla i nuovi Istituti rendendo necessario, dunque, un prossimo e urgente intervento normativo che ampli il suo utilizzo alle nuove pene sostitutive. La mancata agevolazione determinerebbe negli Enti l'assunzione di un impegno economico eccessivamente gravoso che li spinge a ritirare la loro disponibilità per lo svolgimento del LPU sostitutivo. Basti pensare che la sostituzione di una pena detentiva di un anno, corrisponde a 720 ore di lavoro di pubblica utilità, esecuzioni lontane dalla brevità del LPU previsto nel corso della Messa alla Prova e/o della sanzione sosti-

tutiva e, dunque, una corrispondente spesa per le Associazioni, che difficilmente possono sostenere.

Un'ulteriore criticità si rileva nella normativa, qualora indichi nell'UEPE il servizio chiamato a identificare, nel caso di possibile sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare sostitutiva, un domicilio per chi sia sprovvisto di idonea dimora. Tale indicazione normativa si scontra con la scarsità di risorse abitative cui l'UEPE può attingere, considerando che tali risorse, qualora presenti, sono anche attivate per permettere l'avvio di percorsi di reinserimento per i detenuti dimessi per fine pena e/o per ammissione a misura alternativa e/o per permettere al condannato in esecuzione penale esterna di non interrompere un percorso trattamentale già avviato, qualora perda improvvisamente la disponibilità del proprio alloggio e non abbia sufficienti risorse per reperire un alloggio sul libero mercato.

4. Conclusioni

I confronti sul tema della Giustizia Riparativa hanno evidenziato come la Giustizia Formale abbia abbandonato le emozioni, perseguito la verità dei fatti processuali, in nome di uno schema coerente di diritti e di doveri, i quali hanno però permesso la realizzazione dei principi irrinunciabili di legalità, proporzione, non colpevolezza, spostando l'individualizzazione del trattamento alla fase esecutiva della pena. Ora i programmi di Giustizia Riparativa si propongono quali risposte altre, proprio a partire dal sentimento di ingiustizia, nel tentativo di tratteggiare un sistema di giustizia d'insieme che includa nella riflessione penale elementi innovativi⁴.

La GR si occupa della "verità" che emerge attraverso il confronto e la comunicazione tra le parti, la narrazione dei loro vissuti e delle loro aspettative, che chiama in causa la loro appartenenza a una comunità sociale composta da reti relazionali sensibili e da rappresentazioni so-

⁴ D. CASTRONUOVO, *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e tecniche deflative*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002.

ciali, le quali offrono concreta attivazione di opportunità, partecipando anch'esse a una ridefinizione delle relazioni.

Una verità, dunque come riconoscimento e valorizzazione di elementi presenti, da sollecitare e ricomporre al fine di ristabilire il patto socio-relazionale, proiettandolo verso il futuro.

In questo intenso lavoro, il ruolo del coinvolgimento della comunità circostante è fondamentale in quanto essa è parte della relazione infranta con la vicenda-reato, vittima e autrice nello stesso tempo e in quanto organo di tutela dei diritti e, pertanto, deve entrare a far parte del dialogo.

La collaborazione di tutti gli attori sociali nell'azione di prevenzione, contrasto alle diverse forme di disagio, lotta all'emarginazione, azione di inclusione sociale, quindi, deve iniziare con la prevenzione primaria e non fermarsi nelle azioni di prevenzione secondaria che accompagnano i percorsi di reinserimento sociale, ma guidare tutta la vicenda dinamica che ha inciso sulla relazione tra le parti.

Il settore dell'esecuzione penale è, come già presentato, interessato da un profondo processo di trasformazione che prevede da un lato la costruzione di un sistema articolato di sanzioni e misure di comunità, dall'altro lato la ridefinizione funzionale del sistema organizzativo incaricato di eseguire tali sanzioni. Per poter attuare concretamente tale sistema, in seno e con la collaborazione delle comunità di appartenenza, è necessario che la pena eseguita sul territorio non sia intesa come la concessione di un beneficio privo di contenuti e intenti risocializzanti, ma frutto di un lavoro comune volto a costruire opportunità di reinserimento comunitario nel perseguimento della finalità ultima del benessere collettivo.

Ma nel portare avanti questo lavoro occorre, innanzitutto, ricostruire relazioni, in quanto è impossibile portare un reale benessere senza passare da una "mediazione umana profonda" (Folgheraiter, 2012), che promuova il cambiamento, alimentato dal ritrovato dialogo tra le parti sociali.

GIUSTIZIA RIPARATIVA IN FASE ESECUTIVA

Francesca Moro

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario*. 3. *Giustizia riparativa in fase di esecuzione delle misure di sicurezza*. 4. *Conclusioni*.

1. Introduzione

La riforma Cartabia ha optato per la massima valorizzazione del paradigma di giustizia riparativa, ammettendone l'applicazione per tutti i reati e in ogni stato e grado del procedimento penale, durante l'esecuzione della pena e della misura di sicurezza e anche dopo l'esecuzione delle stesse (art. 44 d.lgs. 150/2022)¹.

Il legislatore ha previsto la giustizia riparativa come modello *complementare* rispetto alla giustizia per così dire tradizionale. Il sistema punitivo classico, rispondente a una logica verticistica dei rapporti Stato-autore del reato – ove quest'ultimo è considerato quale soggetto passivo che subisce l'esecuzione della pena – non sarà soppiantato, dunque, dal nuovo modello di giustizia riparativa, anche perché permangono non meno fondamentali esigenze di prevenzione generale e speciale².

In questo scenario, la giustizia riparativa consente di passare da una «pena subita» a una «pena agita»³, nel senso di una pena capace di promuovere comportamenti attivi, tesi a ricucire lo strappo causato dal

¹ In tema di giustizia riparativa cfr. il lavoro di E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.

² M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in www.questionegiustizia.it, 10.10.2022.

³ L'uso di queste efficaci espressioni si deve a M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 236 ss.

reato. Al contrario, la giustizia tradizionale non mira a risolvere i conflitti sociali scaturiti dal reato, ma anzi raddoppia il male: alla sofferenza generata dal reato aggiunge l'ulteriore sofferenza della pena⁴. La giustizia riparativa, dal canto suo, ritaglia uno spazio dialogico tra vittima e autore. Questo confronto, però, può avvenire a patto che vi siano due elementi imprescindibili: il primo è il consenso di tutte le parti coinvolte, consenso che deve essere informato, libero e revocabile in ogni momento; il secondo è il riconoscimento dei fatti principali, il quale – si badi – non implica, però, alcuna assunzione di responsabilità, neanche in fase esecutiva a condanna ormai inflitta.

2. *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario*

Volendoci concentrare sulla giustizia riparativa in fase esecutiva, potremmo dire che proprio in questo momento la giustizia riparativa acquista – potenzialmente – un ruolo chiave e un valore aggiunto. Ciò in virtù del più ampio arco temporale che contraddistingue la fase esecutiva e dell'assenza di scansioni processuali irrigidite da termini di fase. Tale rilievo non è secondario perché il tempo necessario alla composizione della frattura causata dal reato non può essere predeterminato, è un tempo soggettivo, connesso alla vicenda concreta. Il fatto che la fase esecutiva possa essere interamente dedicata a comporre questo conflitto la rende la sede privilegiata per l'attivazione di percorsi di giustizia riparativa⁵.

Veniamo ora alle modifiche introdotte nella legge sull'ordinamento penitenziario in tema di giustizia riparativa.

All'art. 13 o.p. (individualizzazione del trattamento) è stato aggiunto un nuovo comma (ora co. 4) che recita: «Nei confronti dei condannati e degli internati è favorito il ricorso a programmi di giustizia riparativa».

⁴ Si rimanda nuovamente a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2013, 1162 ss.

⁵ V. amplius A. MENGHINI, *Giustizia riparativa ed esecuzione. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia Riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, Napoli, 2019, 211 ss.

Un ruolo propulsivo in questo senso potrà essere svolto dall'amministrazione penitenziaria e, più in particolare, dagli operatori giuridico-pedagogici che hanno in carico il detenuto o l'internato, dagli assistenti sociali dell'UEPE nel caso di liberi sospesi, dalla Magistratura di Sorveglianza, nonché dai Garanti dei diritti delle persone private della libertà.

Concretamente, ci si può attendere sia l'operatore giuridico-pedagogico nel caso di soggetto detenuto/internato o l'assistente sociale nel caso di libero sospeso, in quanto figure "più prossime" al condannato, a dover assolvere agli obblighi di informazione connessi alla giustizia riparativa e indirizzare i soggetti verso percorsi riparativi.

Per quanto concerne l'affidamento in prova, invece, al co. 12 dell'art. 47 o.p. si aggiunge la possibilità di valutare l'esito positivo del periodo di prova – che comporta l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale della condanna, a eccezione delle pene accessorie perpetue – anche tenendo conto dello svolgimento di un programma di giustizia riparativa e dell'eventuale esito riparativo. Significativo che si faccia riferimento non solo all'esito ma anche alla semplice partecipazione a un programma riparativo. Lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa non va invece confuso con quanto previsto dal co. 7 dell'art. 47 o.p., ossia l'adempimento delle prescrizioni di solidarietà (in particolare, l'adoperarsi, per quanto possibile, in favore della vittima) che, insieme alle altre prescrizioni individuate dal Magistrato di Sorveglianza, fondano il contenuto stesso dell'affidamento in prova, prescrizioni che costituiscono veri e propri obblighi di condotta imposti al condannato.

Viene poi inserito un nuovo art. 15-*bis* o.p., secondo il quale «In qualsiasi fase dell'esecuzione, l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa»⁶. Nella Relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto legislativo la formulazione prevista era però la seguente «In qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati possono accedere, previa adeguata informazione e su base volontaria, *anche* su iniziativa dell'autorità giudiziaria,

⁶ Cfr. art. 78 d.lgs. 150/2022.

ai programmi di giustizia riparativa»⁷. Ora, se dalla formulazione precedente era chiaro che l'iniziativa rispetto alla partecipazione a un programma di giustizia riparativa, nel caso di soggetto detenuto o internato, potesse provenire sia d'ufficio, sia su istanza di parte, considerato che non sempre vi è un giudizio pendente dinanzi al Magistrato di Sorveglianza, ci si chiede se la mutata formulazione possa incidere sul profilo dell'iniziativa, eventualmente escludendo l'istanza di parte⁸. Ciò che è certo, invece, è che l'iniziativa da parte della persona condannata rimane presente se si tratta di liberi sospesi, perché qui possiamo dire che l'esecuzione non è ancora tecnicamente iniziata e dunque è possibile che la persona si rivolga direttamente ai centri di giustizia riparativa per chiedere l'attivazione di un percorso. In questo caso, ci si interroga se debba comunque essere acquisita un'autorizzazione ad attivare il percorso di giustizia riparativa da parte della Magistratura di sorveglianza.

Proprio con riferimento ai liberi sospesi il ricorso alla giustizia riparativa potrebbe rivelarsi molto interessante. Come noto, infatti, dal momento di presentazione della domanda al momento della fissazione dell'udienza da parte del Tribunale di Sorveglianza possono trascorrere anche parecchi anni. Ebbene, l'adesione a programmi di giustizia riparativa in questo lasso di tempo potrebbe certamente orientare favorevolmente il collegio circa la concessione della misura alternativa richiesta.

Il secondo comma dell'art. 15-*bis* o.p. prevede, invece, che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'esito riparativo siano valutati ai fini della concessione dei benefici penitenziari (permessi premio e lavoro all'esterno) e delle misure alternative, compresa la liberazione condizionale. Rimangono, invece, esclusi l'affidamento in prova

⁷ Cfr. la *Relazione illustrativa* che accompagna lo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, 442, ove si sottolinea che la «formula scelta sventa il rischio che la giustizia riparativa possa essere confusa con gli strumenti del trattamento penitenziario [...] dovendosi ritenere possibile accedere ai programmi indipendentemente dai requisiti di ammissibilità dei benefici penitenziari e delle misure alternative (ferma restando la competenza del magistrato di sorveglianza, a norma dell'articolo 69 comma 5 o.p., ad approvare il singolo programma di trattamento anche quando contiene l'espresso riferimento all'accesso al programma)».

⁸ A. MENGHINI, *Principi e disposizioni generali. Intervento nell'ambito del corso di perfezionamento in Giustizia riparativa*, Firenze, 27 gennaio-3 marzo 2023.

in casi particolari (art. 94 d.P.R. 309/1990) – considerata l’assoluta preminenza in questi casi delle esigenze terapeutiche – e l’esecuzione della pena presso il domicilio (l. 199/2010). In questo secondo caso l’esclusione viene (discutibilmente) motivata in base alla prevalente *ratio* deflattiva dell’istituto.

Da sottolineare che gli esiti riparativi possono essere valutati solo *in bonam partem*, non si terrà conto in alcun modo della mancata attivazione, del mancato esito o del fallimento della procedura, anche perché l’esito “non positivo” potrebbe dipendere da fattori del tutto estranei alla volontà delle parti.

Anche prima della riforma Cartabia, è stato stigmatizzato il fatto che il condannato acconsentirà a partecipare a programmi di giustizia riparativa solo per tornaconto personale, per godere dei vantaggi connessi a questo tipo di percorsi; nel caso di specie, ai fini della concessione delle misure alternative. Una simile eventualità non dovrebbe provocare scalpore, anzi, è molto probabile che il condannato si orienti verso un percorso di giustizia riparativa proprio in virtù dei vantaggi a esso connessi, è la stessa legge a contemplare tale possibilità. D’altra parte, l’esecuzione penale è permeata di istituti che hanno valenza premiale e di incentivo al percorso rieducativo (si pensi alla liberazione anticipata), ma ciò non contrasta con il senso del percorso rieducativo stesso. Ciò che conta non sono tanto i motivi che hanno spinto inizialmente il soggetto a prestare il proprio consenso, bensì il fatto che, una volta intrapreso l’*iter* riparativo, quel consenso diventi pieno rispetto al percorso che si sta compiendo.

3. Giustizia riparativa in fase di esecuzione delle misure di sicurezza

Un breve cenno ai percorsi di giustizia riparativa nella fase esecutiva delle misure di sicurezza. In quanto si tratti di soggetti non imputabili o semi-imputabili, la stessa capacità di autodeterminazione della persona e di prestazione del consenso può risultare problematica, a ciò dovrebbe corrispondere una specifica preparazione dei mediatori coinvolti. Oltretutto, è probabile che tali percorsi si inseriscano in un *iter* sanitario di

cura e, dunque, l'eventuale predisposizione del programma di giustizia dovrà anche tener conto di questa peculiarità⁹.

4. Conclusioni

Non si possono trascurare le ricadute positive che la *restorative justice* può comportare in fase esecutiva, prima fra tutte la rimozione dello stigma sociale derivante dal reato. Nella concezione tradizionale del diritto penale si tende a identificare il reo con il reato commesso e questo porta il soggetto a perdere, agli occhi della comunità, quella dignità in senso dinamico, assimilabile al concetto di onorabilità¹⁰. Ebbene, proprio attraverso il percorso riparativo, che peraltro coinvolge la stessa comunità, il reo ha la possibilità di riabilitarsi agli occhi della società. Grazie all'*iter* riparativo intrapreso dal reo, il contesto sociale di riferimento sarà anche più propenso ad accoglierlo al termine dell'esecuzione della pena, rimuovendo quella segregazione che accompagna l'esecuzione della pena prima (il carcere è "lontano dagli occhi", fuori dalle città) e anche il momento successivo all'espiazione della pena, il difficile momento del reinserimento in società¹¹.

Infine, un'ultima considerazione sul rapporto tra funzione rieducativa della pena e paradigma riparativo¹². La partecipazione a programmi di giustizia riparativa è una scelta, tanto quanto quella di partecipare al trattamento rieducativo. Lo stesso legislatore delegato ha, però, riconosciuto che proprio la giustizia riparativa possa indirettamente promu-

⁹ L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2023, 86.

¹⁰ La dignità nella sua accezione dinamica è un concetto relazionale che trova fondamento nel principio della pari dignità sociale. Obiettivo finale della rieducazione è proprio la riacquisizione della dignità in senso dinamico. In questo senso, A. MENGhini, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 428-429. Cfr. anche G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2012, 2, 191 e A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 121 ss.

¹¹ A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., 430.

¹² Sul rapporto tra rieducazione e riparazione cfr. L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, op. cit., 83.

vere l'adesione al paradigma rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost. In questo senso riparazione e rieducazione si saldano: l'esperienza ci mostra, infatti, gli effetti positivi dei percorsi di giustizia riparativa sul reinserimento del condannato¹³. Proprio la giustizia riparativa è in grado di rendere pieno quel consenso alla rieducazione che rappresenta il perno stesso dell'ideale rieducativo.

¹³ M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa*, cit.

GUARDANDO AVANTI

Marco Pelissero

SOMMARIO: 1. Una riforma importante e i rischi dei suoi limiti. 2. Il potenziamento della politica criminale della non punibilità. 3. Le nuove pene sostitutive. 4. La giustizia riparativa. 5. La necessità, a breve, di guardare indietro per guardare avanti.

1. Una riforma importante e i rischi dei suoi limiti

Partirei dal titolo evocativo che mi hanno proposto Antonia Menghini ed Elena Mattevi e che mi ha fatto venire in mente due poesie: il *Manifesto sul futurismo*, nel quale Tommaso Marinetti scriveva “Ma perché dovremmo guardarci alle spalle?” e *Candele* di Costantino Kavafis che, con tono nostalgico, scriveva “e guardo avanti le candele accese”.

Ebbene credo che sia rischioso, di fronte a una riforma ampia come quella da poco approvata, leggerla con una di questi stati dello spirito: la lente di Tommaso Marinetti indurrebbe a spazzar via quel che non ci piace e andare avanti, perché i tempi sono nuovi; la lente di Kavafis ci porterebbe alla rassegnazione rispetto ad un sistema che permane con i suoi problemi. Cercherò, invece, di essere più razionale e affrontare il significato della riforma in una duplice prospettiva, di lungo e di breve periodo, perché sono le due prospettive che si sono intrecciate in questo convegno.

In una prospettiva di lungo periodo significa ragionare in termini sistematici e chiederci, come ci diceva ieri Stefano Fiore, se questa sia una riforma di sistema, considerato che interviene su gangli essenziali dell'apparato sanzionatorio, in particolare sulle tecniche di non punibilità e sulle scelte sanzionatorie. La questione è emersa anche nelle riflessioni di Gabriele Fornasari che ha messo a confronto la scelta delle pene sostitutive con un'opzione più ampia di ricorso alle pene interditt-

tive come pene principali. Ha ragione Francesco Palazzo nel sottolineare che la scelta di campo sarebbe stata quella della sostituzione legale delle pene principali, invece di virare sulla sostituzione giudiziale. Si tratta di soluzioni razionalmente condivisibili, ma mi chiedo quanto oggi sarebbero politicamente percorribili, perché un intervento diretto sulle pene principali implica una scelta molto forte, anche sul piano della comunicazione mediatica con il rischio di non incontrare il favore dell'elettorato. Ogni processo di riforma si deve confrontare con tre elementi: solidità e chiarezza di obiettivi; condivisione sulle funzioni della pena; consapevolezza del bilanciamento, necessario, tra le funzioni della pena. E deve tener conto anche della complessità del sistema penale, tanto più quando si affrontano i nodi del sistema sanzionatorio, sempre più centrali nella discussione politica, che spesso comprime e deforma la complessità in pillole mediatiche funzionali al populismo che non aiuta ad affrontare i reali problemi. E allora, anche se ci fosse il chiaro obiettivo politico di indirizzare il sistema sanzionatorio verso una prospettiva di deterrenza e di prevenzione speciale negativa (il clima sembra flettere in questa direzione), la sua attuazione, a prescindere dalle questioni di legittimità costituzionale che porrebbe, comporterebbe comunque difficoltà di attuazione e di rischio di implosione del controllo penale.

Il complesso pacchetto di norme contenute nel d.lgs. 150/2022 non costituisce una riforma penale di sistema (se non per la parte, come vedremo, dedicata alla giustizia riparativa), perché non coglie nel suo complesso e nella sua complessità l'intero sistema sanzionatorio. Stefano Fiore ci legge una sorta di incompiutezza, foss'anche solo per il "convitato di pietra" delle norme di ordinamento penitenziario, modificate solo in parte nel 2018, recependo in modo parziale le indicazioni delle commissioni che lavorarono sotto la direzione di Glauco Giostra, del tutto refrattarie, al momento, alle proposte della Commissione Ruotolo di modifica del regolamento penitenziario. È indubbio, tuttavia, che si tratta di un intervento di amplissimo respiro che interessa diverse parti del diritto penale sostanziale.

Vorrei, però, ora accantonare la riflessione sul rapporto della riforma con la revisione complessiva del sistema sanzionatorio che, per le ragioni indicate, mi pare una prospettiva oggi poco realistica. Sposterei

la riflessione, considerando le nuove disposizioni da una prospettiva di breve periodo, perché il d.lgs. 150/2022 è entrata in vigore e dobbiamo chiederci quali siano i suoi effetti immediati. Se così è, mi tocca raccogliere i cocci di una riforma che presenta diversi punti critici emersi dalle relazioni presentate in questo convegno.

Tutti siamo d'accordo sulle direttrici dell'intervento: deflazione, decarcerizzazione, anticipazione dei meccanismi sostitutivi della pena carceraria dal giudice di sorveglianza a quello di cognizione, effettività della pena pecuniaria, avvio della giustizia riparativa. Anche il nuovo Governo e la maggioranza parlamentare che lo sostiene non hanno mostrato contrarietà a queste direttrici, varando il d.lgs. 150/2022, pur con un breve slittamento temporale della sua entrata in vigore che non è dipeso dai dubbi sulle scelte fatte sul terreno del sistema sanzionatorio, ma essenzialmente dalla complessità delle norme processuali (per le quali sarebbe stato ragionevole prevedere una congrua *vacatio legis*) e dalla mancanza di una disciplina transitoria in tema di estensione dei reati procedibili a querela. Molte delle soluzioni tecniche che danno attuazione a queste scelte di politica criminale sono anche convincenti, ma nelle due giornate del convegno sono emersi anche alcuni limiti che potrebbero compromettere l'effettività degli obiettivi della riforma.

Aleggiano come limiti di ogni riforma, specie quando si tocca il sistema sanzionatorio, quelli che chiamerei resistenze di sistema che possono minare l'effettività delle nuove norme. Ci sono anzitutto resistenze normative, perché, quando si modifica una parte del sistema, questa interagisce con le altre come un effetto domino e non è sempre facile comprendere come questo effetto si svilupperà. Ci sono poi le resistenze degli apparati: poco fa la dott.ssa Rivoli ha evidenziato i limiti delle risorse disponibili che sono essenziali quando la modifica normativa richiede, per essere effettiva, una implementazione di mezzi, strutture e personale. Ci possono poi essere resistenze culturali, perché una riforma che rivede il ruolo del giudice di cognizione nella determinazione della pena richiede un diverso approccio alla gestione dell'udienza non solo da parte del giudice, ma anche del pubblico ministero e dell'avvocato che è chiamato a un ruolo più propositivo e talvolta compositivo, considerato l'ingresso della giustizia riparativa. Peraltro, dalle considerazioni emerse in questi giorni, mi pare che le resistenze culturali siano

forse le meno preoccupanti, almeno per l'area della magistratura e del foro trentini.

Svilupperò le mie riflessioni, considerando dapprima gli istituti deflattivi per poi concentrarmi sui nuovi meccanismi della risposta sanzionatoria.

2. Il potenziamento della politica criminale della non punibilità

Gli istituti deflattivi sui quali è intervenuta la riforma riprendono e ampliano scelte di politica criminale della “non punibilità” che da tempo il legislatore persegue e non possono che essere condivise, tanto più in un programma di efficientamento del sistema penale che guarda con favore all'ampliamento di meccanismi deflattivi (messa alla prova, particolare tenuità del fatto, procedibilità a querela e cause estintive connesse a condotte riparatorie).

Bene ha fatto il legislatore a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., norma di carattere sostanziale finalizzata a contenere l'intervento penale come *extrema ratio*, ma con forte finalità deflattiva, potendo condurre già a un procedimento di archiviazione. Condivisibile, pertanto, è la scelta di aver individuato le fattispecie a cui si applica, considerando il minimo edittale invece del massimo, venendo così anche incontro alle sollecitazioni della Corte costituzionale (sent. 156/2020): se si tratta di una scelta opportuna in ragione della significatività del minimo edittale come parametro di individuazione della indefettibilità della tutela penale in relazione al disvalore del fatto, rimane tuttavia lo iato, per le fattispecie che prevedono un limite edittale superiore ai due anni, tra dichiarazione di non punibilità per assenza di offensività in concreto e punibilità, essendo preclusa l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.; tuttavia, porre rimedio a questa situazione ci porterebbe a riflettere in termini più ampi sulla ragionevolezza del ricorso ai minimi edittali, ponendoci, dunque, in una dimensione di riforma di sistema dell'intera parte speciale, prospettiva quasi avveniristica.

Non convince, invece, la tendenza del legislatore, consolidata anche in questa riforma, ad affiancare ai requisiti generali di applicazione della causa di non punibilità un novero, sempre più ampio, di reati che ne

sono esclusi. L'elenco è diventato abnorme e alcune disposizioni, come ha evidenziato Ilaria Merenda, sono anche diventate “fuori fuoco”, come l'inclusione dei reati contro la pubblica amministrazione: se già era irragionevole la loro esclusione dall'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., effetto indiretto e perverso della logica della “Spazzacorrotti”, l'irragionevolezza è aumentata a seguito della esclusione di questi reati dal regime delle preclusioni *ex art. 4-bis* ord. penit. per effetto della l. n. 199/2022.

Le scelte di contrazione dell'art. 131-*bis* c.p. in relazione a specifiche fattispecie di reato riflettono il paradosso di una norma nata per dare al giudice maggior potere discrezionale nella definizione della soglia minima del disvalore graduabile dell'illecito penale, ma assoggettata sin dall'inizio a un processo di progressiva contrazione della discrezionalità giudiziale in base a parametri che seguano la logica securitaria della prevenzione generale, più che quella della concezione gradualistica del reato. Fatto sta che la vigente formulazione dell'art. 131-*bis* c.p. appare un *monstrum* fatto di sempre più ampie eccezioni alla regola generale fissata dal primo comma.

La riforma introduce la condotta susseguente al reato come parametro di valutazione della particolare tenuità del fatto: il riferimento si presenta al momento incerto, compreso tra la lettura restrittiva proposta dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, che ne sminuisce l'impatto dando rilevanza alle sole condotte confermatrici di una tenuità già manifestata dal fatto e possibile autonoma rilevanza a condotte risarcitorie, riparatorie o a percorsi di giustizia riparativa che rischiano – ha fatto notare Ilaria Merenda – di essere irragionevolmente sacrificate se passasse la prima interpretazione. Ora, a prescindere dalle indicazioni della relazione, il testo approvato mi pare consenta interpretazioni favorevoli alla maggiore apertura alle condotte susseguenti al reato. Vedremo quale interpretazione ne darà la giurisprudenza.

Quanto alla rilevanza delle condotte riparatorie, la riforma ne amplia gli effetti in termini di “non punibilità” in due direzioni.

La prima dipende dall'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 162-*ter* c.p. a seguito dell'ampliamento dei reati procedibili a querela. Sul punto si sono levate critiche alla scelta del d.lgs. 150/2022 del quale si teme il depotenziamento della tutela delle vittime di alcuni reati, come la violenza privata e il sequestro di persona, che nei contesti

condizionati della criminalità organizzata potrebbero essere connotati dall'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1 c.p. La critica mi pare poco ragionevole, se rivolta alla riforma Cartabia, in quanto questa circostanza aggravante è presente nel nostro ordinamento dal 1991 e da allora il legislatore non ha mai pensato di prevedere la procedibilità d'ufficio per le fattispecie così aggravate. Il problema, dunque, è di ordine generale e non può investire scelte, a mio avviso ragionevoli, di potenziamento degli effetti deflattivi della procedibilità a querela.

L'altro versante di intervento della riforma interessa le condotte di estinzione delle contravvenzioni a seguito di adempimento delle prescrizioni, un modello di disciplina che dal settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro è stato esteso nel tempo ad altri settori (ambiente, *privacy*) e, da ultimo, dal d.lgs. 150/2022 agli illeciti agroalimentari. Come ha puntualmente evidenziato il prof. Francesco Diamanti è un "tentativo di risoluzione alternativi dei conflitti" sotto minaccia del processo penale, ma la limitazione al solo settore agroalimentare, nonostante la legge delega consentisse margini più ampi di intervento, è segno di una "scelta debole per l'efficientamento del processo e del sistema penale" ed è stata persa l'occasione per uniformare le diverse procedure estintive che presentano, non sempre ragionevolmente, elementi di disciplina diversi nei settori che contemplan questa causa estintiva. È un limite di una riforma che non può, anche su questo punto, essere considerata riforma di sistema. Tuttavia, la struttura del meccanismo estintivo rimane convincente, in quanto compulsa il contravventore ad adeguarsi alle prescrizioni dell'organo accertatore, ma nell'ambito delle contravvenzioni agro-alimentari la disciplina perde di certezza e di efficacia. Per l'estinzione si richiedono condotte ripristinatorie o risarcitorie, ma in presenza di illeciti di pericolo astratto, come sono le contravvenzioni agroalimentari, non è chiaro cosa e a chi si debba risarcire.

3. *Le nuove pene sostitutive*

Le nuove pene sostitutive costituiscono l'asse portante della riforma, molto coraggiosa in quanto intende superare i limiti delle sanzioni so-

stitutive che dal 1981 sono state presenti solo sulla carta. Diversi relatori (e ancora questa mattina l'avvocato Fedrizzi) sono stati concordi nell'evidenziare il limite dell'assenza dell'affidamento in prova tra le nuove pene sostitutive che rischia di rendere poco appetibile il consenso all'applicazione delle pene sostitutive che sono sì pene più miti, ma anche connotate da un più elevato tasso di efficacia, perché applicate subito e con esclusione dell'appello in caso di applicazione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo: nella fascia delle sentenze di condanne da due a quattro anni di pena detentiva, sostituibile con la detenzione domiciliare o con la semilibertà sostitutive, forse è più appetibile attendere la sentenza definitiva di condanna e richiedere l'affidamento in prova ai servizi sociali, che è misura connotata da amplissimi spazi di libertà, a differenza delle pene sostitutive della detenzione domiciliare o della semilibertà.

Il meccanismo dell'art. 656 c.p., come ci ha ricordato Francesco Palazzo, ha contribuito a produrre lo slittamento abnorme tra il tempo della sentenza definitiva di condanna e quello della sua effettiva esecuzione (in carcere o con applicazione di una misura alternativa). Tuttavia, è anche l'istituto che ha permesso al sistema di reggere e forse più che nell'abnormità della norma, il difetto sta nell'incapacità del sistema (magistratura di sorveglianza sotto organico, apparati organizzativi amministrativi limitati) di offrire, a fronte della massa delle richieste di applicazione delle misure alternative, un supporto adeguato a una norma che risponde a una chiara razionalità di contenimento della risposta carceraria, foss'anche per evitare il solo passaggio *in vinculis* in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza.

Sulle pene sostitutive la riforma Cartabia introduce la novità dirimente dell'udienza bifasica, di cui al nuovo art. 545-*bis* c.p.p. Francesco Palazzo ha affermato che il processo penale si è piegato alle esigenze delle nuove pene sostitutive. In effetti è così: non è solo il segno evidente della forte e ineliminabile interconnessione tra sistema penale sostanziale e norme processuali, ma la riforma prospetta una soluzione che apre a un sistema bifasico di commisurazione della pena, una volta imboccata la strada dello spostamento in fase di cognizione di scelte decisive di *diversion* per contrarre l'applicazione della pena detentiva.

Certo, il sistema bifasico rischia di allungare i tempi processuali, perché è prevedibile che il termine di sessanta giorni di rinvio dell'udienza rischia di essere solo ordinatorio di fronte alle difficoltà dell'UEPE di venire incontro alle richieste di supporto per definire come strutturare il programma di pena sostitutiva. È una dilatazione inevitabile, se la sostituzione della pena detentiva viene concepita in chiare non puramente deflattiva, ma di programma di risocializzazione. Nel nuovo contesto di disciplina, non mi convince il protocollo approvato nel distretto di Corte d'appello di Milano che introduce modalità operative per uniformare e agevolare l'applicazione della nuova disciplina, riducendo i tempi processuali e facilitando gli adempimenti dell'UEPE, che nel nuovo sistema riveste una importanza fondamentale. In particolare, il protocollo indica la documentazione che il difensore può depositare al fine di agevolare il giudice e l'UEPE nella individuazione della pena sostitutiva e delle sue concrete modalità di esecuzione: l'avvocato può certo chiedere in subordine l'applicazione di una pena sostitutiva; mi sembra, invece, meno in linea con la posizione della difesa che l'avvocato si attivi, prima della pronuncia della sentenza di condanna, nel presentare anche la documentazione indicata nel protocollo (salvo che per la documentazione relativa alla pena pecuniaria che il giudice può applicare anche senza il consenso dell'imputato). Attenua, ma non elude, l'anomalia del protocollo la previsione della mera facoltatività del deposito della documentazione presso il giudice del dibattimento.

Il legislatore avrebbe fatto meglio a limitare l'acquisizione del consenso al solo lavoro di pubblica utilità, invece di estenderla a tutte le pene sostitutive: il sistema oggi si presenta come una sorta di patteggiamento sulla sostituzione. Limitare la rilevanza del consenso dell'imputato avrebbe dato maggior potere discrezionale al giudice, senza che ciò implicasse un vulnus al principio di legalità della pena, in quanto la possibilità di sostituire la pena detentiva, contenuta entro i quattro anni, con una delle nuove pene sostitutive è comunque definita dalla legge.

4. *La giustizia riparativa*

A differenza delle disposizioni sulle pene sostitutive che, per quanto possa essere di impatto significativo, non possono essere considerate una riforma di sistema della disciplina sanzionatoria, si presenta organica e integrale la parte del d.lgs. 150/2022 dedicata alla giustizia riparativa. Alcuni istituti riportabili alla giustizia riparativa erano già presenti nel sistema, come ci ricordava questa mattina Lucia Castellano, ma è indubbio che con la riforma il nuovo percorso della giustizia penale entri capillarmente nel sistema.

Nella sua ricchissima relazione, Giovannangelo De Francesco ci ha detto che la giustizia riparativa non è assimilabile agli antichi modelli della composizione: in effetti, è un modello agli antipodi del tradizionale modello punitivo; parte dal passato, ma guarda al futuro; è una giustizia che persegue le esigenze di prevenzione generale e speciale attraverso la ricerca dell'incontro tra autore e vittima in luogo della inflizione di una sofferenza al primo; pone al centro la vittima e le sue dinamiche con l'autore, in una prospettiva diversa da quella neoretributiva nella quale la vittima ha funzionato da strumento di inasprimento del trattamento sanzionatorio. La disciplina della giustizia riparativa è anche sanamente estranea alla logica del PNRR che rischia di potenziare la mera deflazione, pur di raggiungere gli obiettivi di contrazione del carico giudiziario; la giustizia riparativa ha, invece, bisogno dei suoi tempi di riflessione sul significato che il reato ha assunto per i soggetti che ne sono stati coinvolti (non solo autore e soggetto passivo in senso strettamente penalistico, come emerge dalle ampie definizioni di cui all'art. 42, comma 1, lett. *b* e *c* d.lgs. 155/2022, di "vittima del reato" e di "persona indicata come autore dell'offesa").

La disciplina presenta un rapporto inversamente proporzionale tra l'estensione del suo ambito di applicazione (riferito a qualsiasi fattispecie di reato) e l'intensità dei suoi effetti riconosciuti all'esito riparativo, contenuti in quattro direzioni di intervento: in sede di commisurazione della pena; nella valutazione della non punibilità del fatto; nell'ambito delle cause di estinzione del reato; infine, nella differenziazione dei percorsi penitenziari.

Il principale effetto si produce sul terreno della commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.* il giudice potrà tener conto dell'esito riparativo che rileva, peraltro, anche come autonoma circostanza attenuante ai sensi del novellato art. 62, n. 6 c.p.: poiché il giudice non può prendere in considerazione la mera partecipazione al programma, ma solo la sua conclusione con esito riparativo, non vedo come quest'ultimo, se già rileva ai fini della concessione della circostanza attenuante, possa essere considerato dal giudice anche in sede di commisurazione della pena, se non incorrendo nella doppia valutazione di un elemento allo stesso fine della concreta quantificazione della pena.

L'esito riparativo potrebbe avere anche un effetto più consistente in termini di non punibilità, qualora l'interpretazione giurisprudenziale del riformato art. 131-*bis* c.p. desse rilievo, come ho già indicato, al percorso di giustizia riparativa in sede di valutazione della "condotta susseguente al reato" che arricchisce gli elementi dei quali il giudice deve tener conto per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

Un terzo contesto di rilevanza dell'esito riparativo è costituito dalle cause di estinzione del reato, in particolare in sede di valutazione delle condizioni per l'esito positivo della sospensione del procedimento con messa alla prova, nella valutazione della c.d. sospensione condizionale breve (art. 163, ultimo comma c.p.) e nell'ambito della remissione della querela (tanto più che la riforma ha ampliato le fattispecie per le quali è prevista la condizione di procedibilità).

Infine, nell'ambito dell'esecuzione della pena e nell'accesso alle misure alternative, la giustizia riparativa potrà giocare un ruolo importante nella valutazione del giudice sull'accesso alle misure alternative o nella valutazione dell'estinzione della pena (si pensi alla valutazione positiva del programma attivato nella misura dell'affidamento in prova ai servizi sociali).

Tuttavia, poiché il principale effetto dell'esito riparativo è costituito dalla graduazione della risposta sanzionatoria *ex art. 133 c.p.* o dalla concessione della circostanza attenuante, appare in effetti la divergenza tra la complessità della disciplina introdotta a fronte dei limitati effetti dei percorsi di giustizia riparativa. In particolare, credo che, nonostante la formale riferibilità della nuova disciplina a qualsiasi reato, il suo ambito di applicazione sarà di fatto selezionato in relazione a specifiche

tipologie di reato e d'autore, perché ci sarà necessariamente una forte selezione.

Così come disciplinata la giustizia riparativa mostra alcuni limiti, emersi in questo convegno.

La giustizia riparativa opera, in primo luogo, una deformalizzazione della giustizia: Francesco Palazzo ha parlato di “degiurisdizionalizzazione della giustizia”; Roberto Bartoli ha alluso addirittura a una “giustizia senza diritto”. Sono connotazioni forti. In effetti la giustizia riparativa localizza fuori dalla giurisdizione una parte del potere discrezionale che era riservata al giudice e che ora è rimessa al mediatore, perché il giudice non può entrare nelle dinamiche del percorso riparativo e del suo esito: mi pare che in questa direzione vada letta l'affermazione di Giovannangelo De Francesco, quando ha sottolineato che il mediatore non è un giudice, ma non è lontano dalla figura del giudice. Ecco che allora, se il mediatore svolge un ruolo così centrale da renderlo, nell'ambito della sua competenza, una sorta di “para” giudice, allora non mi convince la scelta fatta, sul piano della formazione culturale, di consentire l'accesso alla professione di mediatore a coloro che siano in possesso del diploma di una qualsiasi laurea triennale, indipendentemente dal percorso formativo seguito (di tipo scientifico, umanistico, psicologico, giuridico o economico). Questo presupposto è integrato per legge da una formazione teorico-pratica nella quale la parte teorica prevede una didattica ripartita tra una pluralità di discipline molto varie (principi e metodi della giustizia riparativa, nozioni basilari di diritto penale, diritto processuale penale, criminologia, vittimologia, diritto minorile, diritto penitenziario e non ben identificate materie correlate) che mi pare difficile approfondire adeguatamente nel ristretto numero di ore previsto (la legge ne indica almeno ottanta), tanto più se il titolo di accesso può essere così variegato da non garantire né uniformità di conoscenze di base né, di conseguenza, omogeneità di formazione nella fase successiva.

In secondo luogo, andrà poi attentamente monitorato a livello nazionale lo sviluppo dei centri di giustizia riparativa che saranno istituiti a livello territoriale in sinergia con gli enti locali, dai quali dipenderà la capacità nei singoli contesti di valorizzare i nuovi percorsi. È un punto importante e molto delicato della riforma: basta vedere quel che è acca-

duto con le Rems, passate alla competenza sanitaria delle singole Regioni e quindi molto differenziate quanto a struttura operativa e condizionate, nel loro funzionamento come strumenti di *extrema ratio* di intervento, dalla capacità dei servizi sanitari di offrire effettive alternative di percorsi terapeutici sul territorio. Inoltre, nei contesti connotati da significativi condizionamenti della criminalità organizzata, sarà necessario porre attenzione al fatto che i mediatori non diventino strumenti per una mediazione falsata che deformerebbe il significato dell'esito riparativo.

Concentriamoci ora sui tre momenti nei quali questi percorsi di giustizia riparativa possono intervenire: fase pre-processuale; fase processuale; fase esecutiva.

Nella fase pre-processuale, la giustizia riparativa potrebbe giocare un ruolo come condizione per evitare la presentazione della querela. Tuttavia, considerati i tempi stretti per la presentazione della querela (tre mesi dalla conoscenza del fatto da parte della persona offesa), mi sembra difficile avviare e portare a compimento un percorso riparativo.

Nella fase processuale, l'innesco della giustizia riparativa solleva problemi sul piano della tenuta delle garanzie, perché il nuovo istituto si inserisce all'interno di un processo penale che ha specifiche caratteristiche. In particolare, mi preoccupano il rispetto del diritto di difesa e della presunzione di innocenza, come hanno ben evidenziato ieri il prof. Palazzo e oggi anche l'avv. Fedrizzi. Certo la giustizia riparativa impone un mutamento culturale negli attori delle aule di giustizia, ma non mi convince l'insistenza con la quale il legislatore rimette all'autorità giudiziaria il potere di sollecitare le parti a rivolgersi agli uffici della giustizia riparativa: accanto alla previsione generale dell'art. 129-*bis* c.p.p., a tenore del quale in ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria può disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato al Centro per la giustizia riparativa, sono previste altre specifiche ipotesi (ben tredici, mi pare) nelle quali le parti sono sollecitate a rivolgersi a questi centri. C'è un che di compulsivo in questa continua sollecitazione che stride con il principio di volontarietà di accesso a questi percorsi finalizzati a trovare una composizione consensuale del conflitto.

Infine, la giustizia riparativa può intervenire in fase esecutiva, nella quale, come ci ricorda Lucia Castellano, si pongono delicati problemi rispetto ai diritti dei detenuti: in un contesto nel quale spesso la dignità dei detenuti è mortificata, data l'incapacità dell'amministrazione penitenziaria di assicurare, ben prima dei percorsi rieducativi interni al carcere, il rispetto delle condizioni minime di vita dignitosa, diventa difficile proporre un credibile percorso di giustizia riparativa. Non solo, ma la stessa composizione della popolazione penitenziaria rende ancor più difficile tale percorso, considerato il multiculturalismo che caratterizza il contesto carcerario e che complica il far comprendere a detenuti appartenenti a culture diverse la logica dell'incontro.

Infine, vorrei dedicare alcune considerazioni al rapporto tra giustizia riparativa e rieducazione. Giovannangelo De Francesco, nel tracciare i possibili rapporti tra le due logiche, ci ha detto che la giustizia riparativa deve mantenere la rieducazione come requisito indefettibile: questo mi pare un punto essenziale in ragione della centralità che la rieducazione, pur nell'accoglimento della teoria polifunzionale della pena, ha assunto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e considerato che sul piano politico emergono proposte volte a modificare l'art. 27, comma 3 Cost., allo scopo evidentemente di marginalizzare la prevenzione speciale positiva, valorizzando espressamente la retribuzione e la prevenzione generale. Se scindiamo la giustizia riparativa dalla rieducazione, intesa come risocializzazione, non vorrei che nella prima rimanesse della risocializzazione il solo profilo dell'emenda, per quanto non intesa come emenda morale, vissuta non in modo solipsistico nell'esecuzione della pena, ma come percorso di rigenerazione morale nel rapporto con la vittima del reato; un'emenda morale, direi, di tipo relazionale.

Che riparazione e rieducazione non si pongano in termini di alterità trova conferma anche nel confine tra giustizia "punitiva" e giustizia "riparativa" che Roberto Bartoli ha tracciato ricorrendo ad aggettivazioni connotative convincenti: la giustizia riparativa è stata definita come "sociale", "orizzontale", "personalistica", "territoriale". A ben considerare, gli aggettivi utilizzati per definire la giustizia riparativa si adattano perfettamente anche alla pena come rieducazione, se a questa fosse effettivamente data attuazione nella realtà delle carceri italiane e

nei percorsi di esecuzione penale esterna: la rieducazione è “sociale” e “orizzontale”, perché è anzitutto risocializzazione e richiede, pertanto, il contatto con la realtà esterna al carcere (art. 1 ord. penit.) e, se possibile, la preminente attivazione di percorsi esterni al carcere; è “territoriale”, perché è fuori dal carcere che la rieducazione riesce a mostrare le maggiori capacità di reinserimento sociale; è imprescindibilmente “personalistica”, sia perché l’applicazione di pene sostitutive o di misure alternative è sempre centrata sulla personalità del condannato, sia perché le modalità di esecuzione della pena detentiva e i suoi possibili sbocchi in percorsi extracarcerari devono costantemente essere rapportati alla personalità del condannato e alle sue mutazioni nel tempo dell’esecuzione.

5. La necessità, a breve, di guardare indietro per guardare avanti

Non credo che la riforma agiterà più di tanto i fautori della deterrenza e della prevenzione speciale negativa, perché il *quantum* di ricorso alla pena detentiva continua a essere rimesso all’autorità giudiziaria; è, dunque, una riforma a minor impatto mediatico di quanto sarebbe stata la contrazione nelle comminatorie edittali della pena carceraria come proponeva la legge delega 67/2014 che non a caso naufragò. Nel suo complesso, la riforma non aumenta nemmeno il potere discrezionale del giudice nelle alternative al carcere, perché a ben vedere la riforma punta a razionalizzare l’esercizio di questo potere, trasferendolo, in parte, dalla magistratura di sorveglianza al giudice di cognizione. Dislocazione e razionalizzazione del potere discrezionale, non aumento nel complesso di tale potere.

Se gli obiettivi della riforma fallissero, rimarrebbero sulle spalle della magistratura di sorveglianza i liberi sospesi; le pene sostitutive continuerebbero a essere disapplicate come lo sono state dal 1981; per le condanne a pene detentive sino a quattro anni i tassi di incarcerazione continuerebbero a esser gestiti dalla magistratura di sorveglianza; ancora del tutto incerto è il futuro della giustizia riparativa, appena agli albori della sua gestazione. Il quadro dello stato di effettività della riforma potrà darcelo non ora il “Comitato tecnico-scientifico per il monitorag-

gio sull'efficienza della giustizia penale, sulla ragionevole durata del procedimento e sulla statistica giudiziaria", istituito dalla Ministra Carabita a fine 2021, la cui composizione è stata, con scelte poco comprensibili in relazione ad alcuni dei suoi membri, modificata dal Ministro della giustizia Carlo Nordio.

Allora, forse, tra due anni potremmo tornare a Trento a riflettere su questa riforma, questa volta, però, guardando indietro gli effetti nel frattempo prodotti per capire se i limiti emersi in questo convegno troveranno conferma o saranno assorbiti e risolti dalla prassi applicativa: si potrà così, su basi più fondate, capire se i condivisibili obiettivi di politica criminale della riforma saranno stati almeno in parte raggiunti o se richiedono nuovi interventi che imporranno di guardare avanti.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BEL-LANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)
42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)
43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)
44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)
45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)

70. *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)

71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)

72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)

73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)

