



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

GIUSTIZIA RIPARATIVA

RESPONSABILITÀ, PARTECIPAZIONE, RIPARAZIONE

a cura di

Gabriele Fornasari

Elena Mattevi

2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

40

2019

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno 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 2019*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-847-8
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>

Maggio 2019

GIUSTIZIA RIPARATIVA

RESPONSABILITÀ, PARTECIPAZIONE, RIPARAZIONE

a cura di

Gabriele Fornasari

Elena Mattevi

Università degli Studi di Trento 2019

INDICE

	Pag.
Arno Kompatscher <i>Saluti introduttivi</i>	VII
Fulvio Cortese <i>Prefazione</i>	IX
Gabriele Fornasari, Elena Mattevi <i>Premessa</i>	1
Michael Kilchling <i>Restorative justice: incorporating victims' rights and needs</i>	3
Bruno Bertelli <i>Significato e utilità dei percorsi di giustizia riparativa per l'autore di reato</i>	35
Frieder Dünkel <i>Restorative justice in juvenile and adult criminal law: European comparative aspects</i>	49
Kolis Summerer <i>La giustizia riparativa nell'esperienza austriaca</i>	143
Gabriella Di Paolo <i>La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile</i>	165
Valeria Tramonte <i>Percorsi riparativi nella giustizia minorile: l'attività del Centro di Giustizia Riparativa della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol</i>	179

INDICE

	Pag.
Elena Mattevi <i>La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico degli imputati adulti: un'introduzione</i>	185
Daniela Arieti <i>La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico di imputati adulti. L'esperienza del Centro di Giustizia Riparativa di Trento nel procedimento penale davanti al giudice di pace e nella messa alla prova: potenzialità e criticità</i>	199
Alessandra Demetz <i>La giustizia riparativa nella prospettiva del giudice di pace</i>	205
Antonia Menghini <i>Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva</i>	211
Giovanni Maria Pavarin <i>La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Esperienze della magistratura di sorveglianza</i>	227
Salvatore Piromalli <i>Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Il punto di vista dell'U.e.p.e.</i>	239
Grazia Mannozi <i>Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione. Relazione di sintesi</i>	243

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE MINORILE

Gabriella Di Paolo

1. Per inquadrare il tema della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile, è utile ricordare come sotto l'etichetta *restorative justice* possano ricondursi varie realtà¹, tutte accomunate dal fatto di essere orientate a introdurre un modello alternativo di giustizia penale².

In tali contesti il modello tradizionale di giustizia penale – per così dire “autoritativo”, orientato all'applicazione della sanzione penale classica – viene abbandonato a favore di un modello consensuale, partecipativo, che esalta il ruolo della persona offesa. In base a tale paradigma, lo Stato rinuncia alla risposta punitiva tradizionale perché dopo il fatto-reato interviene un *quid pluris* che va ad incidere direttamente sull'offesa arrecata dal reato. Nella giustizia conciliativa strettamente intesa, l'elemento aggiuntivo è costituito dalla conciliazione tra la vittima e l'autore, la quale ricomponi il conflitto generato dal comportamento illecito. In altre modalità operative della giustizia riparativa il fatto ulteriore è rappresentato da un comportamento volto alla rimozione dell'offesa: viene posta in essere una condotta volta alla eliminazione (o attenuazione) del danno o del pericolo provocato (il c.d. danno

¹ Parla di «entità dai contorni molto sfumati», G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 44.

² Diffusamente in argomento, tra i molti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit.; EAD., *La giustizia riparativa. Formanti, regole, parole*, Torino, 2017; A. CIAVOLA, *Contributo alla giustizia consensuale o riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015; V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 545 ss.; V. BONINI, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella restorative justice: profili critici e potenzialità espansive*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi percorsi del processo*, 2016, 149 ss.

criminale), oppure, quando la riduzione in pristino non sia possibile, si provvede al mero risarcimento per equivalente³.

2. Ciò premesso sul carattere poliedrico della giustizia riparativa, va rimarcato come nel sistema processuale italiano le brecce più significative a tale fenomeno si siano aperte – almeno fino alla legge n. 103 del 23 giugno 2017⁴, e non certo per caso – nei microsistemi che hanno dimostrato una maggiore vocazione sperimentale. Ci si riferisce alla giurisdizione penale del giudice di pace, introdotta nel 2000⁵ e natural-

³ Secondo l'art. 2, c. 1, lett. d) direttiva 2012/29/UE, con l'espressione "giustizia riparativa" deve intendersi «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». In base ad altre fonti internazionali, la nozione può essere ricostruita attraverso molteplici chiavi di lettura, privilegiando, ad esempio, la dimensione conciliativa, oppure quella riparativa o, ancora, quella della gestione comunitaria del conflitto, finendo così per ricomprendere pratiche come la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali (*restorative justice conferencing programme*) e i c.d. *sentencing circles* (v. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000)).

⁴ Successivamente alla redazione del presente contributo, la c.d. riforma Orlando – legge 23 giugno 2017, n. 103 – ha configurato le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato. La disciplina di questa nuova causa di estinzione del reato è contenuta nella parte generale del codice penale, all'art. 162-bis c.p., ai sensi del quale, nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Per la sua portata generale, la nuova fattispecie istintiva dovrebbe essere applicata anche nel sistema di giustizia minorile. Sulle modalità applicative, cfr. *Procura di Tivoli, Prime linee guida per l'applicazione della legge 23 giugno 2017 n. 103*, in *Dir. pen. cont.* (14 settembre), in www.penalecontemporaneo.it.

⁵ La dimensione conciliativa rappresenta, come risaputo, la *ratio essendi* della giurisdizione penale di pace, come reso esplicito nei principi generali di cui all'articolo 2, comma 2, d.lgs. 274 del 2000 («Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti»), e come poi confermato dall'art. 29, comma 4 d.lgs. 274/2000, che fornisce una collocazione temporale al tentativo di conciliazione e all'esperimento mediativo. L'art. 29 rappresenta, nell'ordinamento processualpenalistico, la prima disposizione a contenere precisi ed espliciti riferimenti a

mente al processo penale minorile. È quest'ultimo infatti a rappresentare l'area storica di sperimentazione di forme di *restorative justice*.

Le ragioni di questa "apertura" del legislatore minorile sono facili da comprendere. Nello scrivere la disciplina del "nuovo" processo penale minorile – ossia il d.P.R. 448/88 – i *conditores* hanno tenuto conto, oltre che dei preziosi chiarimenti offerti dalla giurisprudenza costituzionale sul dovere della Repubblica di «proteggere l'infanzia e la gioventù, favorendo istituti necessari allo scopo» (art. 31, comma 2 Cost.), anche delle sollecitazioni provenienti dalle organizzazioni internazionali, *in primis* le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa. Ed è noto che tali organizzazioni, da molto tempo e con varie fonti, di *hard law* o di *soft law*, hanno raccomandato agli Stati di affrontare il problema della delinquenza minorile introducendo, tra l'altro, strumenti di giustizia riparativa, così da assicurare che il procedimento penale, oltre a svolgere la funzione istituzionale di accertamento dei fatti, si svolga con modalità tali da poter soddisfare le esigenze educative del giovane, diventando un'importante occasione di responsabilizzazione⁶.

In questa prospettiva, ad esempio, le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile adottate dalle Nazioni Unite il 29 novembre 1985 (c.d. Regole di Pechino)⁷ – dopo aver rimarcato che la giustizia minorile «fa parte integrante del processo di sviluppo nazionale di ciascun Paese» (art. 1) e «deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato e all'autore dello stesso» (art. 5) – hanno altresì affermato che «dovrebbe essere considerata l'op-

pratiche ristorative affidate a mediatori, e a sancire la regola dell'inutilizzabilità ai fini della decisione delle dichiarazioni acquisite nel corso della procedura di mediazione.

⁶ Per un quadro sulle fonti internazionali e sovranazionali che raccomandano (o impongono) l'introduzione, negli ordinamenti nazionali, di percorsi di giustizia riparativa, cfr. A. CIAVOLA, *Contributo alla giustizia consensuale*, cit., 210 ss.; D. CERTOSINO, *Mediazione*, cit., 111 ss.; V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa*, cit., 551 ss.

⁷ Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile adottate, O.N.U., New York, 29 novembre 1985. La traduzione italiana è reperibile all'indirizzo <http://www.istitutosike.com/site/files/Regole-Pechino-1985.pdf>.

portunità, se possibile, di trattare i casi di giovani delinquenti senza ricorrere al processo formale davanti le autorità competenti» (art. 11)⁸.

E ancora, tra le iniziative del Consiglio d'Europa, la Raccomandazione nr. (87) 20 del Comitato dei Ministri del 1987 sulle risposte sociali della delinquenza minorile⁹ affermava che il sistema penale dei minori dovrebbe favorire, se possibile, la rapida fuoriuscita dal circuito giudiziario, anche incoraggiando la ricomposizione del conflitto mediante forme di *diversion* e *mediation* (n. 2). Il Comitato dei Ministri suggeriva altresì il graduale abbandono della pena detentiva e l'incremento delle misure alternative alla detenzione, con invito a prestare particolare attenzione a quelle misure che comportano la riparazione del danno causato o la prestazione di un lavoro di pubblica utilità (*community work*) adatto all'età del giovane e alle finalità educative dell'intervento (n. 14 e 15).

Entrambe le esortazioni in discorso sono state riprese dalla successiva Raccomandazione del Consiglio d'Europa nr. (2003) 20 sulle nuove modalità di trattamento della delinquenza minorile e sul ruolo della giustizia minorile¹⁰, nonché da più recenti documenti e fonti dell'Unione europea, in particolare dalla direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, che ha sostituito la decisione quadro 2001/220/GAI¹¹. Secondo tali

⁸ I principi espressi nelle Regole di Pechino sono stati ripresi – acquisendo valore vincolante – nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, che dedica ampio spazio alla giustizia minorile, nell'art. 40.

⁹ Raccomandazione nr. (87) 20, sulle risposte sociali alla delinquenza minorile (Consiglio d'Europa, Strasburgo, 17 settembre 1987). Il testo originale (in inglese) è consultabile in http://archivio.transnazionalita.isfol.it/file/CoE_Rec_R87-20%20Eng.pdf.

¹⁰ Raccomandazione nr. (2003) 20, sui nuovi modi di affrontare la delinquenza minorile e sul ruolo della giustizia minorile. Per il testo in inglese, v. <http://www.coe.int/en/web/cm/adopted-texts>.

V. altresì la Raccomandazione nr. (06) 8 sull'assistenza alle vittime del reato, che al §. 13 auspica il ricorso alla mediazione, e la Raccomandazione nr. (08) 11 sulle regole europee per i minorenni destinatari di sanzioni o misure, che sollecita il più ampio ricorso alla mediazione e a misure di tipo riparativo.

¹¹ V. ad esempio, il Parere del Comitato economico e sociale europeo, *La prevenzione e il trattamento della delinquenza giovanile e il ruolo della giustizia minorile nell'Unione europea* (2006/C 110/13), pubblicato in G.U.U.E. 09.05.2006, C 110/75. V. anche la direttiva 2012/29/UE, che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

fonti le più efficaci risposte istituzionali al reato non si trovano nel processo (e in una successiva una misura punitiva), ma soprattutto “fuori” e “prima” di esso, mediante interventi di risocializzazione e supporto che, pur nella cornice del processo, aiutino il minore a individuare percorsi di superamento dell’episodio deviante e/o di ritessitura delle relazioni sociali da esso lacerate (a partire dalla relazione interpersonale con la vittima, sino al legame con la collettività).

3. Chiarita la c.d. filosofia della “minima offensività” del processo penale minorile, come rifondato nel 1988, non v’è da stupirsi che tale procedimento abbia rappresentato il laboratorio per eccellenza di pratiche riparative, le quali hanno germogliato fra le intercapedini normative di una disciplina tendenzialmente silente in materia.

Volendo ora procedere a una rapida carrellata degli “spazi normativi” rilevanti, va anzitutto rammentato l’articolo 9 d.P.R. 448/88, relativo all’accertamento della personalità del minore. Anche se non previsto in modo esplicito, tale norma, imponendo al giudice (e anche il pubblico ministero) l’obbligo di compiere accertamenti sulla personalità del minorenne, getta un vero e proprio “ponte” verso la mediazione penale. Per soddisfare l’obbligo di indagine personologica l’autorità giudiziaria potrebbe infatti rivolgersi anche agli operatori degli uffici di mediazione, chiedendo l’assunzione di informazioni utili per valutare l’opportunità di iniziare un percorso di mediazione tra l’autore del reato e la vittima¹².

Un ulteriore spazio per pratiche riparative potrebbe aprirsi nel corso dell’esecuzione di misure cautelari personali. Il riferimento è all’istituto delle prescrizioni, di cui all’articolo 20 d.P.R. 448/88. In base a tale norma il giudice può impartire al minore specifiche prescrizioni di stu-

¹² Così anche D. CERTOSINO, *Mediazione*, cit., 116 ss. Per qualche esempio delle prassi giurisprudenziali, cfr. F. FUNIVA, *L’esperienza dell’ufficio per la mediazione di Torino*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive* (Atti del seminario di Studi, a cura dell’Ufficio Centrale Giustizia Minorile), Milano, 1999, 111 ss.; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, cit., 65 ss.; F. BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile. L’esperienza dell’Ufficio di Milano*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, 2000, 63 ss.

dio o di lavoro, ovvero «altre prescrizioni utili per la sua educazione». La formula è volutamente ampia e generica, e quindi non può escludersi che queste ultime riguardino anche attività di riparazione del danno in favore della vittima oppure la partecipazione ad un percorso di mediazione.

Un altro importante volano per pratiche di mediazione e/o riparazione già nella fase delle indagini preliminari potrebbe essere costituito dall'istituto della declaratoria di irrilevanza del fatto, di cui all'articolo 27 d.P.R. 448/88. La prassi dimostra come un momento di confronto tra autore e vittima del reato già in questa fase precoce del procedimento penale potrebbe essere un ottimo preambolo per una pronuncia di irrilevanza, soprattutto se l'esito di tale confronto sia di tipo conciliativo o riparativo. Non è nemmeno da escludere che il materiale acquisito nel corso dell'eventuale percorso di mediazione possa essere utile per valutare l'esistenza dei presupposti dell'istituto in discorso (la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento, il possibile pregiudizio alle esigenze educative del minore derivante dall'ulteriore corso del procedimento).

Naturalmente, va poi ricordato l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 28 d.P.R. 448/88. Tale norma rappresenta il dato normativo che per eccellenza apre – e in modo esplicito – a forme di giustizia riparativa. Infatti, nel provvedimento (un'ordinanza) con cui viene disposta la sospensione del processo e la messa alla prova, sulla base del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili, il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato». La parentesi extra-processuale della messa alla prova minorile è dunque il luogo privilegiato per l'innesto della mediazione penale o di altre forme di giustizia riparativa, il cui esito positivo potrebbe poi portare alla dichiarazione di estinzione del reato per esito favorevole della *probation*.

Un discorso a parte andrebbe infine svolto per la fase esecutiva. Anche per il minore, come per gli adulti, possono infatti individuarsi spazi di giustizia riparativa *post iudicatum*, cioè nella fase di esecuzione della pena. Non potendosi in questa sede approfondire la materia, vale la pena ricordare che per oltre quarant'anni è mancato un ordinamento

penitenziario *ad hoc* per i minorenni¹³, con la conseguenza che al condannato di minore età sono stati estesi, ai sensi della disposizione transitoria dell'art. 76 legge n. 354 del 1975, le misure e gli istituti previsti per i condannati adulti¹⁴. Con l'approvazione del decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 121¹⁵, ha finalmente visto la luce una specifica disciplina per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione dell'art. 1, comma 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Il decreto fa una scelta chiara per le “misure penali di comunità” quale modalità principale per l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, al fine di ridurre il carcere ad *extrema ratio* e di puntare sul coinvolgimento diretto della collettività nel progetto di recupero e inserimento del condannato¹⁶.

Si tratta di una disciplina molto distante da quella contenuta nella bozza redatta dalla Commissione ministeriale per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, presieduta da Francesco Cascini, ma che ha il pregio – per ciò che qui interessa – di sottolineare (art. 1, comma 2) che

¹³ Nell'attesa delle riforme legislative, un rilevante contributo per l'elaborazione di una disciplina specifica è venuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla “sentenza-monito” n. 125 del 1992, con cui la Consulta ha statuito che l'assenza di ogni diversificazione nel regime trattamentale tra adulti e minorenni comprometterebbe «quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono». Di recente, v. anche la sentenza n. 90 del 22 febbraio 2017, con il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., per contrasto con gli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2 Cost., nella parte in cui osta alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per alcuni gravi delitti. Per un commento, v. F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.* (4 luglio 2017), in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Cfr. anche il rapporto “Esecuzione penale nel procedimento minorile, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14”, consultabile all'indirizzo https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato8.pdf.

¹⁵ Decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 121, in G.U. 26 ottobre 2018. Per un primo commento, cfr. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. Pen. Cont.*, <https://www.penalecontemporaneo.it> (16 novembre 2018).

¹⁶ Così L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., §. 1.

l'esecuzione penitenziaria minorile «*deve favorire i percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato e tende[re] altresì a favorire a favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati*»¹⁷. In mancanza di ulteriori, espliciti riferimenti alla dimensione riparativa, è probabile che eventuali pratiche riparative potranno trovare concreta attuazione nell'ambito delle misure penali di comunità o dell'esecuzione della pena in istituto soltanto valorizzando gli “spazi normativi” offerti dalle disposizioni relative alle prescrizioni del giudice (art. 3) e al progetto di intervento per l'affidamento in prova (art. 4), nonché, in caso di esecuzione in istituto, dalla disciplina del progetto di intervento rieducativo (art. 14).

4. Quanto al concreto ricorso alla giustizia riparativa negli interstizi normativi sopra indicati, è utile evidenziare come gli istituti di *diversion* già menzionati abbiano dato, nella realtà applicativa, risultati abbastanza buoni ma forse non ancora del tutto soddisfacenti.

Ed invero, i dati raccolti dal Ministero della Giustizia evidenziano come nel tempo vi sia stata una costante crescita del numero dei provvedimenti di sospensione del processo per messa alla prova (da 788 del 1992 a 3.757 del 2016). Inoltre, se si confronta il numero dei provvedimenti di messa alla prova e il numero complessivo dei minorenni denunciati per i quali l'Autorità giudiziaria ha disposto l'azione penale, risulta che in media la messa alla prova è applicata ad un minore su sei che entrano nel circuito penale (nel 2014, l'indice è risultato pari a 17,6%). Rispetto a tale campione, l'80% dei casi di messa alla prova si conclude con esito positivo (e relativa declaratoria di estinzione del reato)¹⁸. Devono poi aggiungersi, naturalmente, i casi in cui la rinuncia alla

¹⁷ Corsivo aggiunto.

¹⁸ Cfr. lo studio “La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 dP.R. 448/88) Anno 2016”, a cura del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, Ufficio I del Capo Dipartimento - Servizio Statistica; v. anche le statistiche “Provvedimenti di sospensione del processo e messa alla prova (dpr 448/88 art. 28) anni 2004-2015 e minorenni denunciati alle Procure per i quali è iniziata l'azione penale. Valori assoluti e rapporti” e “Provvedimenti di sospensione del processo e messa alla prova (dpr 448/88 art. 28) emessi

risposta punitiva passa attraverso altre forme di *diversion*, come l'applicazione del perdono giudiziale *ex art.* 169 c.p. o la declaratoria di irrilevanza del fatto *ex art.* 27 d.P.R. 448/88¹⁹.

Sulla limitata operatività di tali istituti hanno senz'altro inciso, *inter alia*, i problemi derivanti dall'ambiguità del dato normativo²⁰, il quale si è rivelato carente sia sotto il profilo dei presupposti di accesso alle misure di *diversion*, sia per quanto riguarda il raccordo tra le eventuali pratiche di giustizia riparativa (ed i relativi esiti) e il processo in cui si inseriscono. Di qui la mancanza di prassi omogenee e la presenza di situazioni molto diversificate nel territorio nazionale.

In merito al primo aspetto – cioè i presupposti degli istituti finalizzati alla *diversion* (con o senza intervento dei servizi) – il principale problema interpretativo ha riguardato la base probatoria (*factual basis*, secondo il linguaggio dei documenti internazionali) del provvedimento giudiziale di ammissione. Mentre le fonti internazionali – in particolare i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, del

negli anni 2004 - 2015 secondo l'esito. Casi definiti". Tali documenti sono consultabili nel sito del Ministero della Giustizia, all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?facetNode_1=0_6&selectedNode=0_6_2.

¹⁹ Sul tema, non si dispone di statistiche e/o di un'analisi nazionale aggiornate. Si rinvia pertanto ai rapporti sulla devianza minorile in Italia (il primo rapporto relativo agli anni 2002-2008, il secondo relativo al 2008-2012), a cura del Ministero della giustizia, Dipartimento per la giustizia minorile, Ufficio I del Capo Dipartimento - Ufficio IV del Capo Dipartimento – CEUS, consultabili nel sito del Centro Europeo di Studi Nisida, in http://www.centrostudinisida.it/Centro-di-documentazione-Archivio-Statistico_s7_19.aspx. Recentissimamente, v. anche "La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", Documento di studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza del 14 dicembre 2018, in *Dir. Pen. Cont.*, <https://www.penalecontemporaneo.it> (9 gennaio 2019), p. 52 ss.

²⁰ Una pesante ipotesi è costituita, da sempre, dalla carenza di adeguate risorse (anche a livello di servizi minorili e degli enti locali), carenza da cui deriva, inesorabilmente, una certa disomogeneità nel trattamento dei minori. Per alcuni dati su base geografica con riferimento alla messa alla prova, cfr. "La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88) Anno 2016", cit., p. 8-9. Recentissimamente, v. anche "La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", Documento di studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, cit., p. 52 ss.

2002²¹ – richiedono che ci sia il consenso della vittima e dell'*offender*, che vi siano prove sufficienti a carico dell'autore e che si sia formata una memoria condivisa dei fatti tra l'autore e la vittima, le norme del d.P.R. 448/88 nulla dicono al riguardo. Eppure, tutti gli istituti di *diversion* in discorso presuppongono, almeno logicamente, un accertamento sulla responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli²². Di qui anche la possibile tensione con i canoni costituzionali, in particolare con l'art. 111 Cost., sotto il profilo della violazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, nella misura in cui determinazioni come quella sull'irrelevanza del fatto o sulla sottoposizione alla messa alla prova vengano assunte in una fase precoce del procedimento, ossia nel corso

²¹ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000), consultabile in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>:

«6. Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law.

7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations.

8. The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings».

²² Al riguardo si è notato – opportunamente – che i presupposti normativi per la declaratoria di irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 d.P.R. 448/88 (la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento, il pericolo di pregiudizio alle esigenze educative del minore) danno per scontato sia l'esistenza del fatto-reato, sia che il minore lo abbia commesso. Anche nel caso di *probation*, l'affidamento ai servizi di cui all'art. 28, comma 1, d.P.R. 448/88, e, ancor prima, il programma di intervento predisposto dai servizi a norma dell'art. 27 d.lgs. n. 272/1989, possono avere senso soltanto qualora il minore ne abbia bisogno, essendo egli colpevole del reato per cui si procede. In dottrina cfr., tra i molti, M. GRAZIA COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in E. PALERMO FABRIS, A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Milano, 2002, 459; C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Torino, 2016, 193 (per l'irrelevanza del fatto) e 206 (per la sospensione del processo con messa alla prova). Volendo, cfr. G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di "probation" minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, 2868.

dell'udienza preliminare o addirittura nella fase delle indagini, sulla base di elementi probatori formati in assenza di contraddittorio. Certo, tali criticità potrebbero essere risolte facendo leva sul consenso dell'imputato (cfr. 111, comma 5 Cost.)²³ ad entrare nelle «dinamiche di “autoriduzione” del processo»²⁴, come in effetti nella prassi poi è accaduto. Resta il fatto che l'elaborazione di un presupposto così importante non avrebbero dovuto dipendere da operazioni di ortopedia interpretativa. Lo stesso discorso per il “presupposto implicito” dell'accertamento della colpevolezza, desunto – come poc'anzi notato – in via interpretativa dal sistema.

Dubbi di coerenza sistematica si sono posti anche in relazione alla *probation* processuale di cui all'art. 28 d.P.R. 448/88, perché essa comporta l'attivazione un percorso di rieducazione, con prescrizioni comportamentali anche molto “afflittive”, prima che sia stata accertata, con sentenza definitiva, la responsabilità penale dell'imputato. Una simile impostazione, che antepone il momento rieducativo all'accertamento definitivo di colpevolezza, ha fatto sorgere dubbi sulla compatibilità di tale istituto – così come del suo omologo, previsto per gli adulti dagli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. e artt. 464-*bis* e seguenti c.p.p.²⁵ – con la presunzione di innocenza, di cui all'art. 27 Cost. La questione in linea teorica è ancora aperta, perché in dottrina si fronteggiano diverse interpretazioni²⁶. In ogni caso, sinora l'istituto non ha ricevuto censure in sede giurisprudenziale²⁷, ove sembra essere stato introiettato senza

²³ C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., p. 193-194 (per l'irrelevanza del fatto) e 205 (per la sospensione del processo con messa alla prova). V. anche M. GRAZIA COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 463.

²⁴ L'espressione è di C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., 176.

²⁵ V. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 644.

²⁶ Per un quadro delle possibili opzioni interpretative, v. C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., 202.

²⁷ Così C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., p. 202. Lo stesso non può invece dirsi per la sospensione del processo con messa alla prova per gli imputati adulti, introdotta nel 2014. In tale ambito i giudici di merito hanno ripetutamente sollevato questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 27 Cost. commi 1 e 7. Per il momento, la Consulta ha dichiarato inammissibili o infondate simili censure. Cfr. C. cost., ordinanza 10 novembre 2016 n. 237 (che ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dal tribunale di Grosseto nei confronti degli artt. 464-*quater* e

grandi contraccolpi dal sistema, forse in considerazione di quanto previsto dall'art. 31, comma 2 Cost.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, cioè il momento “a valle” dei meccanismi di *diversion*, qualche difficoltà è emersa in relazione al momento in cui il caso ritorna dall'autorità giudiziaria dopo l'esperimento di pratiche di giustizia riparativa, e occorre trovare il modo di raccordare l'esito (positivo o negativo) di tali pratiche con il processo in corso.

Ad esempio, là dove la riparazione o la mediazione possano portare alla chiusura del caso già nella fase delle indagini preliminari – solitamente per effetto della declaratoria di irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 – si è posto il problema di elaborare un congegno giuridico di definizione dell'*iter* procedimentale che fosse compatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). In ragione di ciò, diversamente da quanto previsto nel procedimento penale di pace, la tenuità del fatto minorile è stata normativamente costruita non come un'ipotesi di archiviazione, ma come situazione prodromica all'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere. In buona sostanza, benché pronunciata nel corso delle indagini preliminari, la declaratoria di irrilevanza del fatto richiede l'emanazione di una sentenza, e, quindi, il previo esercizio dell'azione penale²⁸ e la celebrazione di un'apposita udienza in camera di consiglio. Il rito camerale, oltre ad assicurare l'audizione del minorenne (e dell'esercente la potestà genitoriale)²⁹ e il con-

464-*quinquies* c.p.p., in riferimento, tra l'altro, all'art. 27, secondo comma, Cost., «in quanto prescrivono la irrogazione ed esecuzione di sanzioni penali consequenziali ad un reato per cui non risulta pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva»); C. Cost., ordinanza 10 marzo 2017 n. 54 (che ha dichiarato manifestamente infondate le censure sollevate dal tribunale di Prato dell'art. 168-*bis* c.p. e degli artt. 464-*bis* e seguenti c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 27 Cost.).

²⁸ La dottrina è abbastanza compatta nel ritenere che la previsione dell'esercizio dell'azione penale consenta di superare ogni problema di compatibilità con l'art. 112 Cost. Di contrario avviso è C. CESARI, *Le strategie di diversion*, p. 188, secondo la quale, ancorché l'azione penale venga esercitata, la genericità dei presupposti dell'istituto *de quo* apre a forme di incontrollabile discrezionalità che sembrano in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

²⁹ L'audizione è necessaria, fra l'altro, per verificare il consenso del minore alla pronuncia di irrilevanza, rappresentando il consenso – secondo l'opinione prevalente – uno dei presupposti impliciti per la declaratoria di cui all'art. 27 d.P.R. 48/88. L'even-

traddittorio fra le parti, offre al minore una preziosa occasione di confronto con l'illecito e l'autorità. Un'occasione, questa, a ben vedere assolutamente indispensabile per evitare che la rapida uscita dal processo venga percepita dal giovane come una svalutazione della propria condotta, con conseguente effetto deresponsabilizzante.

Qualora invece, nonostante l'impiego di strumenti di giustizia riparativa, sia necessaria la prosecuzione del processo – ad esempio, perché la prova disposta ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 448/88 abbia dato esito negativo – si è posta la diversa esigenza di impermeabilizzare il processo rispetto a quanto accaduto in sede extra-processuale, in particolare durante gli incontri per la mediazione penale. Anche su questo aspetto le norme del rito minorile si sono rivelate carenti: a differenza di quanto esplicitamente previsto nell'ambito della giurisdizione penale del giudice di pace, gli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88 non contengono una disposizione analoga a quella di cui all'art. 29, comma 4 d.lgs. 274/2000, relativa all'inutilizzabilità ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione. Non è quindi chiaro se, ed in quale misura il giovane, entrando in certi percorsi alternativi al processo, corra poi il rischio di *edere contra se*, e se il timore di pregiudicare la propria posizione processuale possa agire come disincentivo³⁰.

5. I silenzi e le succitate ambiguità della disciplina del processo minorile, soprattutto sotto il profilo delle garanzie, sono probabilmente dovuti all'ambiguità teleologica di alcuni istituti e, più in generale, ad un limite di fondo che continua a caratterizzare la giustizia penale minorile fin dal suo esordio.

Ci si riferisce al fatto che il processo penale a carico di minorenni continua ad essere caratterizzato – come osservato da autorevole dottri-

tuale dissenso del minore potrebbe essere fatto valere anche mediante l'impugnazione della sentenza, che resta appellabile da parte del minorenne e del procuratore generale presso la corte di appello (art. 27, comma 3 D.P.R. 448/88).

³⁰ Il quesito da porsi è se (ed entro quali limiti) le dichiarazioni extraprocessuali del minorenne possano in seguito essere acquisite al processo, come prova per la decisione, ai sensi degli artt. 62, 195 e 236 c.p.p. Il tema è parzialmente affrontato da V. PATANÈ, *Indagine personologica e "inchiesta sociale" dell'imputato minorenne*, in C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova*, II ed., Milano, 2015, 205 ss.

na – «da una vocazione ancipite, in precario equilibrio tra l’obbiettivo funzionale dell’accertamento delle responsabilità penale e [una malintesa funzione rieducativa]»³¹: il processo si carica non solo dell’esigenza di evitare che la vicenda giudiziaria possa nuocere allo sviluppo della sua persona, ma talvolta assume altre finalità; esso diventa strumento per imporre misure rieducative, volte al recupero psico-sociale, rispetto a colpe ancora non accertate³².

L’auspicio è che, spinto dalla necessità di dare attuazione alla recente direttiva dell’Unione europea 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nel processo penale, il legislatore ritrovi lo slancio riformatore iniziale, per andare a colmare i “vuoti di garanzia” della disciplina processuale e finalmente disegnare un diritto penale e penitenziario specifico per il minore. Tutto ciò per assicurare che il minore venga giudicato con strumenti il più possibile adeguati al suo percorso esistenziale, alla sua personalità in corso di formazione, ma comunque rispettosi dei canoni costituzionali. Perché quando è necessario dare una risposta punitiva, non si tratta soltanto di punire meno: là dove la responsabilità è stata accertata e occorre punire, si tratta di “punire diversamente”, per cercare fare in modo che il minore acquisisca coscienza delle proprie responsabilità e ne subisca le conseguenze, ma garantendo altresì che il passato non gli impedisca di progettare un futuro migliore, se lo vuole³³.

Nella prospettiva di favorire la massima valorizzazione del paradigma conciliativo-riparativo in ambito minorile, *de iure condendo* è altresì auspicabile che gli spazi operativi individuati nella prassi, in mancanza di esplicite previsioni normative, vengano “ufficializzati” (e possibilmente potenziati) introducendo in modo organico la mediazione e altri strumenti alternativi di gestione del conflitto nella cornice normativa. Le istanze di rinnovamento culturale che la *restorative justice* porta con sé richiedono l’impiego di approcci, regole e parole nuove, non solo da parte degli attori istituzionali, ma anche da parte del legislatore.

³¹ G. GIOSTRA, *Premessa alla quarta edizione*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, IV ed., Milano, 2016, XV.

³² G. GIOSTRA, *Premessa alla terza edizione*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., XI.

³³ Così G. GIOSTRA, *Premessa alla terza edizione*, cit., XII.