

LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL D.LGS. N. 150/2022. I SOGGETTI DEL PROCESSO PENALE

di Luciano Costantini

SOMMARIO: 1. La rivoluzione culturale della giustizia riparativa. – 2. I rapporti procedimento/processo penale – giustizia riparativa. – 3. Ruolo del giudice. – 4. La disciplina dell'art. 129 *bis* c.p.p. – 5. Il provvedimento del giudice. – 6. Conclusioni e auspici.

1. La rivoluzione culturale della giustizia riparativa.

La disciplina giuridica della giustizia riparativa costituisce una delle materie che fornisce i maggiori stimoli tra quelle che sono state oggetto della riforma del diritto e del processo penale attuata con il D. Lgs. n. 150/2020.

Nel generale panorama di una novella permeata da esigenze essenzialmente pratiche, quale la drastica riduzione delle pendenze e dei tempi processuali, orientata verso obiettivi fissati in modo perentorio, da raggiungere necessariamente perché, altrimenti, andrebbero in fumo i generosi finanziamenti europei, e dominata dalla filosofia che i processi, quasi come i quattrini per i bottegai, devono essere “pochi, maledetti e subito”, la giustizia riparativa si pone come un'oasi in cui finalmente “si può volare alto, altissimo”.

Emerge – finalmente – una nuova idea di composizione dei conflitti che va oltre la pena, anche nel suo significato rieducativo, profilo, come noto, sempre recessivo rispetto a quello prevalentemente perseguito della retribuzione sofferente. A tal proposito, è sufficiente richiamare gli obiettivi indicati dall'art. 43 comma 3, che si sostanziano nel riconoscimento della vittima, nella responsabilizzazione dell'autore e nella ricostituzione dei legami con la Comunità. Oppure sottolineare la creazione di un procedimento collettivo in cui vi è spazio anche per le vittime surrogate, nel quale vengono coinvolte le comunità e i famigliari e che può concludersi anche con esiti simbolici.

E' sicuramente un orizzonte insperato per chi, come si scrive, si è formato ed ha operato avendo come guida una frase di Luigi Podda – un ergastolano condannato innocente all'inizio degli anni cinquanta e graziato dopo 26 anni di carcere – il quale in una manifesto di propaganda elettorale in occasione del referendum abrogativo dell'ergastolo svoltosi nel 1982 scriveva: «*Si comporta umanamente con un altro uomo solo chi riconosce l'umanità dell'altro e offende la sua stessa libertà, la sua umanità colui che vede nel criminale solo un animale incapace di ritornare uomo*».

L'approccio della giustizia riparativa è così rivoluzionario che, anche con riferimento alla Costituzione, il riferimento non è quello tradizionale del secondo comma dell'art. 27 – che sembra, invece, far capolino nella disciplina delle pene

sostitutive dell'art. 544 *bis* c.p.p. –, bensì l'art. 2, poiché essa costituisce una delle forme con le quali la Repubblica promuove l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale. Ulteriore aggancio costituzionale è fornito dall'art. 97, invero la giustizia riparativa una forma virtuosa dell'operato della pubblica amministrazione.

Non può, però, sottacersi che la giustizia riparativa si atteggia come un corpo estraneo nella trama del D. Lgs. n. 150/2020, sol che si consideri l'irriducibile e insanabile contrasto con la descritta filosofia ispiratrice della riforma, tesa, come detto, ad una riduzione dei tempi dei processi.

In primo luogo, infatti, l'inclusione tra i principi generali indicati dall'art. 43 della *"garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma"*, mal si concilia con la rapidità di definizione processuale anelata dal legislatore, che addirittura l'ha consacrata nell'art. 111 della Costituzione.

Inoltre, non è possibile ignorare che l'effetto deflattivo garantito dalla giustizia riparativa è minimo e marginale. Certamente l'esito positivo del programma riparativo costituisce un'ipotesi di remissione tacita della querela ex art. 152 c.p. e può essere ricompreso nella generica *"condotta susseguente al reato"* che nel novellato art. 131 *bis* c.p. costituisce un indice per qualificare la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, anche quando l'epilogo si materializza in un comportamento simbolico. Tuttavia, il fatto che detto esito positivo non sia vincolante per il giudice (come espressamente previsto dall'art. 58 comma 3), ma rilevi, al più, come parametro per la quantificazione della pena ex art. 133 c.p. ovvero quale circostanza attenuante generica o, ancora, quale effetto sospensivo della pena ai sensi dell'art. 163 comma 4 c.p. dimostra il carattere marginale della giustizia riparativa nel panorama degli effetti pratici della giustizia punitiva.

2. I rapporti procedimento/processo penale – giustizia riparativa.

Nel comunicato ufficiale del Ministero della Giustizia del 5.8.2022 si legge che la giustizia riparativa *"Si affianca, senza sostituirsi, al processo penale nell'interesse della vittima dei reati"*, e ciò disegna un rapporto di complementarietà e non alternatività o sussidiarietà tra la medesima e il processo/procedimento penale. Si tratta, in pratica, di due strumenti paralleli, che talvolta possono anche non incontrarsi.

Infatti, il processo/procedimento penale è un mero presupposto, neppure necessario, della giustizia riparativa, come dimostrato dal fatto che è possibile attivare il programma riparativo anche prima della querela o anche in fase esecutiva (art. 44 commi 2 e 3) ovvero anche in caso di proscioglimento per difetto di condizione di procedibilità o di improcedibilità o di estinzione del reato. Infine, l'eventuale esito negativo del programma riparativo è assolutamente irrilevante per la decisione del giudice che non dovrebbe esserne condizionato visto il chiaro dettato dell'art. 57 comma 2. In quest'ultimo caso, però, non può essere sottaciuto il rischio di un attentato al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, potendo la mancata conclusione positiva del programma riparativo esercitare un indubbio condizionamento sulla decisione finale del giudice.

In definitiva, è possibile affermare che esiste una separatezza del processo penale rispetto al programma riparativo, come dimostrato dalla specifica disciplina dettata dal D. Lgs. n. 150/2022.

Ci si riferisce, in particolare, al necessario carattere di riservatezza dei procedimenti di giustizia riparativa dei quali, a mente dell'art. 50, è vietata la divulgazione di atti e attività, delle dichiarazioni e informazioni, salvo vi sia un consenso alla rivelazione da parte dei partecipanti ovvero che le dichiarazioni (e i comportamenti come, ad esempio, nel caso di minaccia grave) integrino di per sé un reato.

Segna la menzionata separatezza anche la previsione dell'art. 51 che sancisce l'inutilizzabilità nel processo penale di tutti gli atti compiuti nell'ambito del procedimento di giustizia riparativa, ad eccezione dei contenuti della relazione conclusiva ovvero nei casi in cui è consentita la loro divulgazione.

Infine, il rapporto di sostanziale separatezza trova consacrazione nella specifica disciplina del segreto prevista dall'art. 52. In particolare, al mediatore è riconosciuta la garanzia del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. ed egli non è obbligato a deporre innanzi all'autorità giudiziaria e a rendere dichiarazioni ad altra Autorità, salvo i casi in cui è consentita la divulgazione degli atti. Inoltre, è vietato il sequestro di carte e documenti riguardanti l'oggetto del programma presso i mediatori e i luoghi di mediazione, ad eccezione del caso in cui costituiscano corpi di reato. Si osserva che la norma nulla dice in ordine alle perquisizioni, tuttavia, trattandosi di istituto finalizzato al sequestro delle cose ricercate, deve ritenersi che il suddetto divieto si estenda anche a questo mezzo di ricerca della prova. Da ultimo, è fatto divieto assoluto di disporre le intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni dei mediatori che abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione o nel corso del programma, ovvero intercettazioni tra presenti nei luoghi ove si svolge il programma di mediazione. Discende dai menzionati divieti l'inutilizzabilità dei risultati di sequestri o intercettazioni, salvo i casi di corpi di reato o, nel caso di intercettazioni, qualora i mediatori abbiano già deposto.

3. Ruolo del giudice.

Il carattere di separatezza esistente tra il processo/procedimento penale e giustizia riparativa genera indubbe difficoltà per il giudice, che è costretto a frequentare un territorio diverso, fuori dal suo habitat naturale, dalle sue confortevoli regole e da consolidati ragionamenti decisori.

Basti solo pensare che l'oggetto del percorso riparativo non è il fatto reato, ma l'offesa e la sua riparazione, e che la finalità non è l'applicazione della pena, ma la pacificazione sociale. Inoltre, il procedimento riparativo non è un procedimento giurisdizionale: è un servizio pubblico, i cui protagonisti sono altri, diversi dai giudici, e nel quale operano regole diverse, quali la volontarietà, la consensualità, l'equa considerazione degli interessi tra autore e vittima, la segretezza, la riservatezza.

Quelle esigenze di tassatività, determinatezza e precisione, tipiche del processo penale, si scontrano con la flessibilità e la creatività della giustizia riparativa. In definitiva, nella giustizia riparativa il giudice è un mero spettatore, che, a differenza del

mediatore, non scende nell'agone, ma si limita a stare in alto, ad osservare, limitandosi, al più a dare una spinta gentile, per usare il felice titolo del libro "Nudge" di Richard Thaler. E la sua distanza dal mediatore è misurata dalla differenza dei due aggettivi che descrivono i due ruoli – terzo il giudice, equidistante/equiprossimo il mediatore – e dalla diversa posizione rispetto alla relazione conclusiva che, ai sensi dell'art. 58, il giudice valuta, mentre, ai sensi dell'art. 57, il mediatore descrive.

Concludendo, la giustizia riparativa costituisce l'occasione per il giudice per modificare il proprio approccio agli affari che quotidianamente tratta e lo costringe a intraprendere e sperimentare nuovi percorsi. Così come accade anche in altre materie profondamente innovate dal D. Lgs. n. 150/2022 che costringono il giudice a misurarsi con nuove modalità di ragionamento probatorio e con nuovi canoni decisorii. Si pensi, ad esempio, alla introduzione della udienza predibattimentale (artt. 554 *bis* c.p.p.) che impone un giudizio prognostico *ex ante*, diametralmente opposto a quello tradizionale e classico della decisione assunta all'esito del completamento dell'istruzione dibattimentale.

4. La disciplina dell'art. 129 *bis* c.p.p.

La descritta separatezza tra il procedimento/processo penale e la giustizia riparativa trova una plastica dimostrazione anche nelle difficoltà di inserimento sistematico della relativa disciplina nel codice di procedura penale.

La lettera c) dell'art. 7 D. Lgs. n. 150/2022 ha, infatti, introdotto il nuovo art. 129 *bis* c.p.p. rubricato "*Accesso ai programmi di giustizia riparativa*". La norma è stata inserita nel Libro II del Titolo II riservato agli "*Atti e provvedimenti del giudice*". Il legislatore ha, cioè, scelto di inserire la disciplina dell'innesto della giustizia riparativa nel processo/procedimento penale tra la norma che prevede "l'obbligo dell'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità" e quella della correzione degli errori materiali. Trattasi di una scelta discutibile che non può trovare giustificazione negli effetti del percorso di giustizia riparativa, poiché, come visto, neppure l'esito positivo del medesimo può nella maggior parte dei casi determinare l'estinzione del reato o una conclusione del processo con formula di proscioglimento.

L'art. 129 *bis* c.p.p. prevede che l'attivazione del programma di giustizia riparativa, attraverso l'invio delle parti al Centro per la giustizia riparativa, possa avvenire in ogni stato e grado del processo, anche d'ufficio, e tale ultima previsione è stata introdotta solo in sede di decreto delegato. Ovviamente, il procedimento può iniziare su richiesta dell'imputato e della vittima, per la quale ultima non è necessaria la costituzione di parte civile. E', però, necessario che la richiesta sia fatta personalmente dalle parti o a mezzo di procuratore speciale.

Il giudice provvede con ordinanza, mentre il pubblico ministero emette un decreto, e il provvedimento è assunto solo dopo aver sentito le parti, i difensori nominati e, se ritiene, la vittima, la cui interlocuzione non è, quindi, necessaria, ma eventuale, per evitare, come si legge nella Relazione al decreto legislativo, di "*appesantire eccessivamente il procedimento*".

Ulteriore esempio della distonia tra le finalità del procedimento/processo penale e la giustizia riparativa è data dalla circostanza che l'invio delle parti innanzi al Centro di giustizia riparativa determina solo eventualmente la sospensione del procedimento o del processo, e ciò unicamente se vi è esplicita richiesta dell'imputato e solo nei casi di reati con querela remissibile e in seguito all'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415 *bis* c.p.p. Tale sospensione, inoltre, ha una durata massima di 180 giorni e riguarda i termini della prescrizione (art. 159 comma 1 n. 3 c.p.), i termini di durata massima della custodia cautelare (art. 304 c.p.p.) e quelli di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione (art. 344 *bis* c.p.p.).

Il giudice competente in ordine all'accesso alla giustizia riparativa è individuato dall'art. 45ter disp. att. c.p.p. che lo indica nel giudice precedente, cioè in quello che dispone del fascicolo. Pertanto, l'invio al Centro per la giustizia riparativa sarà adottato dal giudice per le indagini preliminari fino a quando il decreto di citazione diretta – insieme al fascicolo – non sarà trasmesso al giudice “di cui all'art. 553 comma 1 c.p.p.”. La norma –che contiene un chiaro refuso quando richiama il primo comma dell'art. 553 c.p.p., che consta di un solo comma – determina dei problemi nel caso dell'udienza predibattimentale, istituto di nuovo conio. Infatti, il ristretto lasso temporale in cui si svolge l'udienza predibattimentale, la mancanza di qualsivoglia significativo contatto con le parti da parte del giudice, l'immediata restituzione del fascicolo al pubblico ministero sono circostanze che delineano notevoli difficoltà soprattutto in ordine alla disponibilità di sufficienti elementi per la formulazione di un pieno giudizio in ordine all'invio delle parti al Centro per la giustizia riparativa. In altri termini, le valutazioni del giudice postulano un bagaglio di conoscenza delle parti e della vicenda che non è assolutamente garantito da un momento processuale, come quello dell'udienza predibattimentale, caratterizzato dall'assenza di istruzione probatoria, dalla mancanza di contatti con le parti e dall'assenza di poteri officiosi del giudice in ordine alla prova.

5. Il provvedimento del giudice.

Il comma 3 dell'art. 129 *bis* c.p.p. detta i criteri che devono guidare il giudice nella scelta di inviare le parti al Centro di giustizia riparativa.

La decisione di intraprendere il percorso della giustizia riparativa è frutto di un complesso e variegato giudizio che investe non solo il profilo dell'utilità ai fini della risoluzione delle questioni derivanti dal reato, ma deve contenere anche una prognosi circa l'assenza di pericoli concreti per gli interessati e per l'accertamento dei fatti.

Trattasi di attività valutativa che, per il suo peculiare oggetto, richiede un diretto e talvolta anche un duraturo contatto tra il giudice e i vari protagonisti. L'impegno richiesto al giudice è particolarmente gravoso, tenuto conto che nella sua valutazione non rientrano solo il reo e la persona offesa, ma che il novero dei soggetti coinvolti nel percorso di giustizia riparativa è particolarmente ampio, estendendosi, per esempio, anche alla vittima aspecifica fino ad coinvolgere anche gli enti portatori di interessi collettivi, che talvolta sono di difficile individuazione e di numero cospicuo, come

insegnano le esperienze maturate circa l'ammissione di tali soggetti quali parti civili nei processi per danno ambientale o urbanistico.

I profili riguardanti il giudizio negativo sull'esistenza di pericoli per gli interessati e per l'accertamento dei fatti non pongono soverchi problemi, salvo la specificazione che deve trattarsi di situazioni di fatto non ipotetiche, ma sussistenti ("concreti"), tali da comportare pericoli fisici e psichici per le persone coinvolte (tra cui anche quelli di vittimizzazione secondaria) ovvero il rischio che sia alterata la funzione cognitiva del processo attraverso fenomeni di inquinamento probatorio quale, ad esempio, l'intimidazione di un testimone.

A tal proposito, è opportuno segnalare che non è previsto alcun meccanismo anticipatorio della prova nelle more della sospensione eventualmente disposta ai sensi del quarto comma dell'art. 129 *bis* c.p.p. quando potrebbe presentarsi la possibilità di compiere atti urgenti, non differibili. In tal caso dubbia è la possibilità di ricorrere all'art. 467 c.p.p., norma espressamente prevista per la fase degli atti preliminari al dibattimento.

Come accennato, più complessa è la valutazione che il giudice deve compiere in ordine al profilo dell'utilità, trattandosi di concetto che sia nel linguaggio comune che nel lessico tecnico si presta ad una molteplicità di interpretazioni.

Certamente il concetto di utilità non può essere declinato nel suo significato economico, quale risultato conseguito che sia conveniente o vantaggioso. Né può avere il senso di economia processuale, perché anzi, come visto, la prevista sospensione del processo determina sicuramente un allungamento dei tempi.

Si tratta di un concetto che non può essere relegato entro i rassicuranti confini di parametri giuridici certi, ma che deve essere inteso nel significato di strumentalità alla realizzazione di un risultato: utile sarà, quindi, quel programma di giustizia riparativa che permetta di raggiungere i risultati tipici di questo nuovo modo di comporre i conflitti, e, cioè, non l'applicazione di una sanzione quale conseguenza dell'accertamento di un reato, ma la composizione sociale attraverso il riconoscimento della vittima, la responsabilizzazione dell'autore e la ricostruzione dei legami con la Comunità, tutte situazioni che consentono di "*rimarginare quella ferita*" che l'illecito ha cagionato.

Quanto testé sostenuto sembra trovare conferma nella lettera della norma, che richiede che lo svolgimento del programma di giustizia possa essere utile alla "*risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede*".

Pertanto, il giudice sarà chiamato ad un'accurata opera di analisi del fatto-reato sottoposto al suo giudizio, al fine di scandagliare il contesto in cui è maturato, le occasioni che lo hanno favorito e la possibilità di rimuoverne gli effetti. Rientrerà nella valutazione del giudice anche la individuazione dei moventi – di aspetti cioè che abitualmente esulano dalla sua valutazione, se non nei limiti della dosimetria della pena –, la cui portata può essere decisiva al fine di stabilire se la "*ferita*" inferta alla civile convivenza possa essere davvero rimarginata oppure se la medesima continuerà a "*sanguinare*", perpetuando quella frattura umana e sociale che il fatto-reato ha cagionato.

Si discute se nella complessiva valutazione di utilità rimessa al giudice rientri anche la questione inerente alla ammissione o meno del fatto da parte del reo. L'art. 12 della Direttiva UE 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, emanata il 25/10/2012, impone, quale condizione per accedere ai programmi di giustizia riparativa, che l'autore del reato abbia "*ricosciuto i fatti essenziali del caso*", ma tale previsione non è stata riportata dalla legislazione nazionale. Ci si interroga se tale condizione sia vigente anche in Italia, in forza della ritenuta natura *self executing* della Direttiva UE ovvero se il fatto che il reo abbia riconosciuto il fatto e la sua responsabilità rientri nel complessivo giudizio che il giudice deve esprimere nel momento successivo quando il programma di giustizia riparativa produrrà i suoi riflessi nel processo penale e, soprattutto, nella determinazione del trattamento sanzionatorio.

Non è inutile specificare che al giudice non spetta alcun potere in ordine alla determinazione dei contenuti del programma di giustizia riparativa, compito esclusivo del mediatore.

6. Conclusioni e auspici.

Per concludere, l'auspicio di chi scrive – che fondato la sua conoscenza essenzialmente sull'esperienza pratica delle aule di un tribunale – è che le esposte, prime riflessioni su questo istituto di nuovo conio, destinato sicuramente a rivoluzionare l'approccio al processo penale non solo della collettività, ma anche del giudice, contribuiscano a stimolare la complessiva ricerca di un sistema penale che corrisponda alle nuove esigenze e forme di tutela sociale – nella quale prevenzione e repressione abbiano la medesima importanza e dignità – che il vorticoso incedere dei tempi richiede.