

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

A. AIMI, <i>La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite</i>	5
R. MUZZICA, <i>Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa</i>	21

LA NOZIONE DI DOLO SPECIFICO DI PROFITTO AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. V, ord. 18 novembre 2022 \(dep. 11 gennaio 2023\),
n. 693, Pres. Pezzullo, est. Catena](#)

di Alberto Aimi

La ricostruzione della nozione di dolo specifico di profitto nei delitti di furto è oggetto di un contrasto giurisprudenziale dalla durata almeno ventennale che, dapprima latente, è divenuto negli ultimi anni sempre più manifesto, sino a richiedere l'intervento pacificatore delle Sezioni Unite. Nelle more della pronuncia, il presente contributo prende criticamente in esame i vari indirizzi interpretativi invalsi nella giurisprudenza di legittimità, suggerendo infine un'inedita soluzione ad un problema classico della dogmatica dei delitti contro il patrimonio.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto e il procedimento nei gradi di merito. – 3. Il panorama giurisprudenziale. – 4. Nel merito della questione controversa: osservazioni preliminari. – 5. L'orientamento tradizionale ed espansivo: critica. – 6. Gli indirizzi restrittivi: apprezzamento e rilievi critici. – 7. Una modesta proposta: il dolo di profitto come volontà di trarre dal bene sottratto il suo tipico valore d'uso, o il suo valore intrinseco.

1. Premessa.

In data 18 novembre 2022, la quinta sezione della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito:

“se il fine di profitto, in cui si concreta il dolo specifico del delitto di furto, debba essere inteso solo come finalità dell'agente di incrementare la sfera patrimoniale, sia pure in funzione del perseguimento di ulteriori fini conseguibili, ovvero se possa anche consistere nella volontà di trarre un'utilità non patrimoniale dal bene sottratto”.

La Suprema Corte sarà così finalmente chiamata a risolvere un contrasto interpretativo dalla durata quasi ventennale¹, la cui soluzione non potrà che riverberarsi

¹ La prima sentenza che si è discostata dall'orientamento tradizionale, restringendo implicitamente la nozione di dolo specifico di profitto è, a quanto ci consta, Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 4975, Gobetti, in *DeJure*. In precedenza, una possibile restrizione della nozione di “dolo di profitto” era stata ventilata da Cass., sez. VI, 19 settembre 2001, n. 40351, Baldi, in *DeJure*, ove però si concludeva infine per l'assorbimento del delitto di furto in quello di danneggiamento. Ancora prima, un'isolatissima pronuncia aveva escluso l'integrazione del dolo specifico del delitto di furto in un caso in cui l'intento dell'autore, che aveva sottratto

sull'interpretazione di numerose altre fattispecie incriminatrici, diverse dai delitti di furto (artt. 518-*bis*, 624, 624-*bis*, 626 c.p.), che parimenti richiedono che l'agente abbia agito al "fine di trarne profitto per sé o per altri"².

2. Il fatto e il procedimento nei gradi di merito.

Più in particolare, il procedimento scaturisce da un animato litigio pubblico tra l'imputato e la sua compagna, interrotto da un passante che, avvicinatosi per chiedere alla donna se avesse bisogno d'aiuto, scatena la reazione irata dell'imputato, la quale, a sua volta, induce la compagna a chiamare i Carabinieri.

A quel punto, l'imputato strappa di mano il telefono alla vittima e si allontana, per venire fermato dalle forze dell'ordine pochi momenti più tardi, a breve distanza dal luogo del fatto.

Condannato in primo e secondo grado per il delitto di furto con strappo (art. 624-*bis* c.p.), l'uomo ricorre per Cassazione, lamentando, tra l'altro, l'errata ricostruzione da parte dei giudici di merito della nozione di dolo specifico di profitto e, conseguentemente, l'insussistenza dell'elemento soggettivo del contestato delitto.

Ravvisando un contrasto giurisprudenziale sul punto, la quinta Sezione rimette dunque il ricorso alle Sezioni Unite.

3. Il panorama giurisprudenziale.

3.1. Com'è noto, i diversi indirizzi interpretativi in persistente contrasto in merito all'annosa questione della definizione della nozione di "profitto" che caratterizza il dolo specifico richiesto dai delitti di furto si possono raggruppare attorno a due poli interpretativi distinti: da un lato, le sentenze che sposano una tesi espansiva, e affermano che il perseguimento di qualsiasi interesse, anche non patrimoniale, sia sufficiente a realizzare l'elemento soggettivo dei delitti di furto; dall'altro, tutte le pronunce che cercano di temperarne la severità, talvolta esplicitamente caldeggiando un intendimento in senso più spiccatamente economico/patrimoniale del requisito di fattispecie in parola.

3.2. Secondo il primo orientamento, tradizionale e risalente³, «il fine di profitto [...] non ha necessario riferimento alla volontà di trarre un'utilità patrimoniale dal bene

un estintore per scaricarlo verso alcuni amici nel corso della notte di Capodanno, era stato considerato «puramente scherzoso»: v. Cass, sez. II, 25 giugno 1991, n. 11027, Zancan.

² Si osservi che la medesima questione si è posta, tra l'altro, in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) finalizzato a ottenere la consegna della carta di identità da parte della vittima (cfr. Cass., sez. V, 8 aprile 2015, n. 21759, B.L., in *DeJure*) e ricettazione (art. 648 c.p.) di farmaci anabolizzanti per uso personale (cfr. Cass., sez. II, 22 marzo 2016, n. 15680, Ceccarelli, in *DeJure*), ove però si è sempre accolta una nozione ampia di dolo di profitto.

³ In questo senso, già Cass., sez. II, 12 febbraio 1985, n. 4471, Bazzani; Cass., sez. II, 26 aprile 1983, n. 9983, Lo Nardo; Cass., sez. II, 6 marzo 1978, n. 9411, Sessa; Cass., sez. II, 13 gennaio 1976, n. 7263, Erbaggi. In

sottratto, ma può anche consistere nel soddisfacimento di un bisogno psichico e rispondere quindi a una finalità di dispetto, ritorsione o vendetta» o, comunque, «in una qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale»⁴.

In adesione a tale indirizzo interpretativo, sono stati ad es. ravvisati gli estremi del delitto di furto (art. 624 c.p.), di furto in abitazione (art. 624-bis co. 1 c.p.) o di furto con strappo (art. 624-bis co. 2 c.p.) in un caso in cui l'imputato aveva effettuato una brusca ripartenza, per sottrarsi alla furia della compagna che stava prendendo a calci la sua autovettura, impedendole di recuperare alcuni capi di vestiario da lei dimenticati all'interno dell'abitacolo, dei quali l'imputato si era comunque liberato poco dopo⁵; in due ipotesi in cui alla vittima era stato sottratto il telefono cellulare o la rubrica telefonica al fine di impedirle di effettuare una telefonata⁶; in un caso in cui l'imputato aveva strappato alla persona offesa una borsa al fine di ottenere da quest'ultima la restituzione di una somma di denaro a lui dovuta⁷; nel fatto di un imputato che aveva sottratto alla vittima una banconota da cinquanta euro, un telefono cellulare e le chiavi di casa al fine di verificare l'esistenza di una presunta relazione tra quest'ultima e un altro soggetto⁸; nella sottrazione e successiva distruzione di una macchina fotografica al fine di impedire alla persona offesa di continuare a scattare fotografie⁹; nonché, infine, in un caso in cui un soggetto dedito al traffico di stupefacenti, accortosi di essere sorvegliato, aveva sottratto e poi distrutto apparecchiature d'intercettazione visive fatte in precedenza installare nella sua abitazione dalla polizia giudiziaria¹⁰.

A rinnovato sostegno dell'orientamento in parola, sono stati articolati due diversi ordini di argomenti.

In primo luogo, si è affermato che un'eventuale limitazione della nozione di "profitto" alla sola «aspettativa di un vantaggio patrimoniale» sarebbe «non conciliabile [...] con l'ampia portata letterale della disposizione»¹¹.

In secondo luogo, si è rilevato che «la limitazione della punibilità delle condotte di volontaria sottrazione ed impossessamento di cose mobili altrui alle sole ipotesi di

dottrina, accolgono una nozione estesa di "profitto": F. ANTOLISEI, C.F. GROSSO (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2016, 389-390; C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Padova, 2010, 148-149; nonché la quasi totalità della dottrina antecedente agli Settanta del secolo scorso (con l'eccezione di G. LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 425-427): v., sul punto, l'accurata ricostruzione di G. PECORELLA, voce *Furto comune*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 348-350.

⁴ Da ultimo, in questo senso: Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, in *DeJure*; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, in *DeJure*; Cass., sez. V, 16 gennaio 2019, n. 11225, Dolce, in *DeJure*; Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, in *DeJure*; Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882, Aglietta, in *DeJure*;

⁵ Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882, Aglietta, cit.

⁶ Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, cit.; Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, cit.

⁷ Cass., sez. V, 16 gennaio 2019, n. 11225, Dolce, cit.

⁸ Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, cit.

⁹ Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

¹⁰ Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, cit.

¹¹ Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, cit.; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

sottrazione dettata da finalità economiche» determinerebbe una restrizione eccessiva della tutela penale in quattro diverse costellazioni di casi: a) «la sottrazione di bene per poi successivamente distruggerlo», ove il riconoscimento dell'insussistenza del dolo di profitto porterebbe inevitabilmente all'assoluzione dell'imputato, posto che «il danneggiamento conseguente all'*amotio* della *res*» sarebbe da considerarsi «fatto non punibile»; b) «il furto nell'interesse della vittima (sottrazione per impedire che il bene sia carpito o distrutto da terzi; sottrazione di cose allo scialacquatore per impedirgli di dissiparle; sottrazione di alcool all'alcolizzato)», ove l'eventuale non punibilità dell'agente potrebbe essere riconosciuta soltanto in sede di valutazione dell'antigiuridicità della condotta; c) «il furto determinato da motivazioni emulative o affettive»; d) «la sottrazione di beni non commerciabili»¹².

3.3. All'interno del secondo polo interpretativo, si possono poi ulteriormente distinguere tre diversi sottoinsiemi di sentenze, tutte accomunate dalla presa di distanza – implicita o esplicita – dall'indirizzo espansivo poc'anzi cursoriamente ricostruito, che rappresentano quasi diverse tappe di un percorso, nel corso del quale le criticità della tesi tradizionale vengono evidenziate in maniera sempre più stringente.

3.3.1. Procedendo in ordine cronologico, si riscontra innanzitutto un primo gruppo di sentenze, meno recenti, in cui il tentativo di stemperare la rigidità dell'orientamento tradizionale non giunge fino alla denuncia espressa della definizione maggioritaria ed espansiva di “dolo di profitto”.

Rappresentative di questo primo filone sono, in primo luogo, le sentenze Gobetti¹³ e Nutu¹⁴; la cui impostazione “informale” viene successivamente ripresa dalla Suprema corte nel caso Saraniti¹⁵.

In tali pronunce, i giudici di legittimità non negano che «il profitto possa consistere in una qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale, essendo sufficiente che il soggetto attivo abbia operato per il soddisfacimento di un qualsiasi interesse, anche psichico»¹⁶ o che «il fine di profitto non debba necessariamente essere una finalità di beneficio patrimoniale od economico»¹⁷; si concede, tuttavia, che il dolo specifico richiesto per la configurazione dell'elemento soggettivo del delitto di furto non sussiste quando la ragione della sottrazione «non possa essere ricondotta allo scopo di “sfruttare” in qualsiasi maniera il bene»¹⁸ ovvero «a percepire dalla cosa asportata un immediato e diretto profitto»¹⁹, o, ancora, in assenza di «un significativo periodo di

¹² Così, Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, cit.; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

¹³ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

¹⁴ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, in *DeJure*.

¹⁵ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, in *DeJure*.

¹⁶ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit. In termini analoghi: Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

¹⁷ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

¹⁸ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

¹⁹ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

detenzione» della cosa sottratta «rispetto al quale possa essere valutato il conseguimento di un'utilità autonomamente apprezzabile»²⁰.

Sulla scorta di queste promesse, viene esclusa la possibilità di ricondurre alla fattispecie di furto la condotta di un fotografo che, allo scopo di tutelare la propria attività commerciale e le sue pertinenze, spostava alcuni cartelli posti davanti all'ingresso da un altro commerciante e li ricoverava in bella vista nel proprio negozio²¹; la sottrazione di un telefono cellulare motivata dalla volontà di dissuadere la vittima dal corteggiare la fidanzata dell'imputato²²; nonché la sottrazione di un lucchetto da parte di uno studente, finalizzata a compiere un gesto vandalico²³.

Il distanziamento dalla tesi tradizionale è evidente, per lo meno per quanto concerne le concrete ricadute applicative, ma nessuna particolare motivazione viene addotta per giustificare tale brusco mutamento di rotta.

3.3.2. Dodici anni dopo la sentenza Gobetti, il contrasto diviene manifesto.

Più precisamente, le prime sentenze che si pongono in aperta dissonanza con l'orientamento tradizionale vengono pronunciate nei procedimenti Lettina ed El Sheshtawi, in cui si afferma esplicitamente che, nel furto, «il fine di profitto, che integra il dolo specifico del reato, va interpretato in senso restrittivo, e cioè come possibilità di fare uso della cosa sottratta in qualsiasi modo apprezzabile sotto il profilo dell'utilità intesa in senso economico/patrimoniale»²⁴.

Nel primo caso, l'imputato, affetto da un vizio parziale di mente, alla vista della sua ex fidanzata che passeggia in compagnia di un altro uomo, aggredisce l'accompagnatore e strappa la borsa dalle mani di lei; viene tuttavia annullata la condanna per furto, perché – come riconosciuto dagli stessi giudici di merito – lo scippo era stato compiuto non a fine di trarre dalla cosa sottratta un'utilità patrimoniale, bensì per fare un dispetto alla vittima e/o rimanere, a qualsiasi costo, in contatto con lei²⁵.

Nel secondo caso, viene esclusa la sussistenza del delitto di furto ipotizzato a carico di un sindacalista che, al fine di consentire ai suoi colleghi di fuoriuscire dal luogo di lavoro per compiere atti di protesta, asporta due fusibili dalla scatola di derivazione della saracinesca di un magazzino²⁶.

Secondo i giudici dei casi Lettina ed El Sheshtawi, sarebbero essenzialmente due gli argomenti in grado di sorreggere la ricostruzione "in senso economicistico" del dolo specifico del furto.

²⁰ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

²¹ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

²² Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

²³ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

²⁴ Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, in *DeJure*; Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, in *DeJure*. Sposano una nozione di natura strettamente economico/patrimoniale di profitto, nella dottrina più recente: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2019, 70 ss.; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2013, 111-115; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352.

²⁵ Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.

²⁶ Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.

In primo luogo, si nota come «la collocazione del furto nel titolo XIII del codice penale dedicato ai delitti contro il patrimonio, [...] sarebbe tradita da un'esegesi diretta ad estendere l'ambito applicativo della fattispecie a condotte che non sono dirette a perseguire una finalità dotata di un'immediata incidenza di natura economica»²⁷; in seconda battuta, si osserva come «un'eccessiva espansione della nozione di profitto, estesa fino a raggiungere qualsiasi utilità soggettivamente ritenuta apprezzabile [...] può comportare, in definitiva, l'annullamento della previsione normativa, che implica la necessità del dolo specifico»²⁸.

3.3.3. Dopo le sentenze Lettina ed El Sheshtawi, un ulteriore attacco all'orientamento tradizionale viene sferrato dalle sentenze Stawicka ed E.A., in cui si afferma che il dolo specifico del delitto di furto dovrebbe identificarsi «nella finalità del soggetto agente di conseguire un incremento della propria sfera patrimoniale eventualmente anche per la capacità strumentale del bene di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale, che si profila come fine ulteriore dell'azione»²⁹.

A rigore, sembrerebbe un arretramento rispetto alla tesi accolta in Lettina ed El Sheshtawi, ove i “bisogni spirituali” non vengono presi in considerazione nemmeno quali scopi ulteriori che possono animare l'autore dell'azione furtiva; tuttavia, a ben vedere, i risultati qualificatori concretamente raggiunti dai giudici di Stawicka ed E.A. mostrano come il dolo specifico di profitto venga anche qui inteso in senso strettamente “economicistico”.

La sussistenza del dolo specifico di profitto viene infatti esclusa sia a fronte della sottrazione di una settantina di cani di razza beagle da parte di un gruppo di animalisti, mossi dall'intento di liberarli dallo stabulario in cui erano rinchiusi³⁰; sia nella “classica” ipotesi di sottrazione di un telefono cellulare e di un paio di occhiali, non appena la vittima aveva dichiarato di voler chiamare le forze dell'ordine³¹.

Nelle sentenze in esame, le critiche all'orientamento tradizionale espresse nelle sentenze Lettina ed El Sheshtawi vengono riprese e ulteriormente sviluppate.

Si sostiene così che «l'onnicomprendente nozione di profitto oggetto del dolo specifico del delitto di furto, che abbraccia indistintamente sia il vantaggio economico, sia l'utilità, materiale o spirituale, sia il piacere o soddisfazione che l'agente si procuri, direttamente o indirettamente, attraverso l'azione criminosa, tradisce la funzione selettiva e garantistica della tipicità penale, [...] pervenendo, in definitiva, ad un'*interpretatio abrogans* del detto elemento essenziale, degradato ad un profitto *in re ipsa*,

²⁷ Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.; lo stesso argomento in Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.

²⁸ Così Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.; nello stesso senso Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.

²⁹ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, in *DeJure*; Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., in *DeJure*. In dottrina, un'impostazione molto simile in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2021, 42-43.

³⁰ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

³¹ Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

coincidente con il movente dell'azione [...] che sempre esiste, non potendo concepirsi che un uomo agisca se non sospinto da un motivo»³².

Inoltre, l'allargamento della nozione di "profitto" finirebbe per svilire la *ratio* dell'incriminazione del furto, che si basa non soltanto «sulla base oggettivistica dell'offesa patrimoniale arrecata alla vittima, ma anche su quella, ad impronta soggettivistica, del profitto dell'agente», dimostrando così come il legislatore abbia non soltanto inteso «evitare l'impoverimento altrui, ma anche [...] scoraggiare l'arricchimento, o, comunque, l'avvantaggiarsi, dell'agente derivante dalla ruberia»³³.

Da un punto di vista sistematico, infine, si osserva che, intesa nei termini tradizionali, «la nozione di profitto si scolora in quella di "vantaggio"», mentre invece la volontà del legislatore sarebbe quella di tenere le due nozioni ben distinte, come dimostrerebbe, tra l'altro, l'impiego di entrambe le espressioni ("per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri") nella definizione del dolo specifico del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.³⁴

4. Nel merito della questione controversa: osservazioni preliminari.

4.1. In attesa di conoscere quale sarà il responso delle Sezioni unite, si possono trarre fin d'ora alcune "note minime" in merito alla questione interpretativa in esame.

4.2. In primo luogo, non ci paiono decisivi, ai fini della soluzione del quesito, gli argomenti di natura letterale, relativi alla ricostruzione del significato del vocabolo "profitto", peraltro evocati a sostegno delle proprie tesi sia dai fautori dell'orientamento "rigorista" tradizionale, sia da coloro i quali accedono ad un'esegesi più garantista e restrittiva.

Occorre ammettere, infatti, che il termine "profitto", seppur spesso utilizzato in ambito economico per indicare l'eccedenza del totale dei ricavi sul totale dei costi, ha certamente un'estensione ben più ampia, come dimostrano numerose espressioni di uso comune ("impegnarsi senza profitto", "mettere a profitto le proprie letture", e simili), e non si pone di certo di traverso alla tesi per cui in tale nozione rientrerebbero anche utilità spirituali che l'agente si procura attraverso l'azione criminosa³⁵.

Tuttavia, com'è noto, se è vero che la possibilità di ricondurre un certo quadro di vita nell'alveo dei possibili significati letterali di una disposizione penale costituisce certamente una condizione necessaria per applicarla, non vale anche l'inverso; non è

³² Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit. Negli stessi termini, Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

³³ Così Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

³⁴ Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

³⁵ A conferma della natura non decisiva degli argomenti che muovono dalla ricostruzione del significato letterale del termine "profitto", si osservi che la stessa dottrina che propugna un'interpretazione del dolo di profitto in senso strettamente economicistico ritiene che, in altri delitti, di tale requisito debba essere data un'interpretazione più lata: v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 37. *Contra*, invece, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 42.

vero, cioè, che per il solo fatto che una determinata opzione esegetica non si ponga in evidente contrasto con il significato letterale di una disposizione, non vi possano essere altre ragioni – di ordine sistematico, teleologico, ecc. – che comunque inducono a rigettarla.

4.3. In secondo luogo, nemmeno ci pare decisivo il dato rappresentato dalla collocazione dei delitti di furto nell’ambito dei delitti contro il patrimonio, evocato più volte dalle sentenze che hanno inteso aderire all’orientamento minoritario a sostegno di un’interpretazione in senso “economicistico” del concetto di dolo di profitto³⁶.

A ben vedere, infatti, riconoscere la sussistenza del dolo specifico anche quando l’autore dell’azione furtiva sia mosso dall’intento di soddisfare bisogni spirituali o, comunque, non patrimoniali in senso stretto, non implica affatto che il patrimonio della vittima non abbia comunque subito una lesione; pertanto, la coerenza interna del minisistema disegnato dal Titolo XIII del Codice penale parrebbe comunque salvaguardata, anche in caso di accoglimento dell’orientamento tradizionale.

Peraltro, anche nell’ambito dei delitti contro il patrimonio si ritrovano fattispecie incriminatrici ove il dolo specifico non ha un contenuto strettamente patrimoniale (si pensi alla rapina impropria, nell’ipotesi dell’esercizio di violenza o minaccia ai fini di procurarsi l’impunità) o nelle quali il dolo specifico è addirittura assente.

Senza contare che, anche a fronte della sottrazione di beni privi di valore economico motivate da finalità emulative, affettive o di simile natura continuerebbe pur sempre a operare la valvola di sfogo rappresentata dall’interpretazione conforme al principio costituzionale di offensività; di talché, i fatti non lesivi del bene giuridico tutelato sarebbero comunque espunti dall’area del penalmente rilevante, già sul piano dell’elemento oggettivo³⁷.

5. L’orientamento tradizionale ed espansivo: critica.

5.1. Fatte queste premesse, e concentrandoci per il momento sull’orientamento espansivo, si osserva innanzitutto che, al di là del richiamo – come abbiamo visto, non decisivo – al significato letterale del termine “profitto”, l’altro argomento che sorregge l’interpretazione tradizionale si risolve nella denuncia dei presunti vuoti di tutela che residuerebbero in caso di accoglimento di una nozione “ristretta” del dolo specifico nei delitti di furto.

Di per sé, si tratta di un argomento privo di pregio.

³⁶ L’argomento imperniato sulla natura dell’interesse tutelato è frequente anche in dottrina: v., ad es., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 70-71.

³⁷ Ritengono, invece, che «se l’agente si impossessa di cose insuscettive di scambio [...] viene meno quella prospettiva di abusivo profitto economico, che costituisce lo scopo tipico cui per l’appunto tende l’azione furtiva»: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 71. Ravvisano un legame tra interesse tutelato e ricostruzione dell’elemento soggettivo del delitto in parola anche E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 111-112 e G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352.

È ovvio, infatti, che qualsiasi interpretazione restrittiva reca – per l'appunto – l'effetto di restringere l'ambito del penalmente rilevante, lasciando così sfornite di tutela penalistica alcune costellazioni di casi che, altrimenti, vi rientrerebbero. Ma tale risultato è del tutto fisiologico nell'ambito del diritto penale, la cui natura frammentaria e sussidiaria è ancora più evidente nei delitti contro il patrimonio, ove il legislatore rinuncia a formulare fattispecie incriminatrici a forma libera³⁸.

Più che la mera indicazione di veri o presunti vuoti di tutela, allora, ciò che conta, a nostro avviso, è valutare *i)* se non vi siano altri argomenti di ordine letterale – diversi dalla ricostruzione dell'estensione del termine “profitto” – o di natura sistematica che ostano all'accoglimento di una nozione omnicomprensiva di “dolo di profitto”, tale da consentire la punizione per furto delle costellazioni “problematiche” individuate dalla giurisprudenza maggioritaria; *ii)* se tali costellazioni siano effettivamente sfornite di tutela penale in caso di accoglimento di una nozione restrittiva di dolo di profitto e/o se tali costellazioni siano davvero meritevoli di essere portate all'attenzione del complicato (e costoso) meccanismo della giustizia penale.

5.2. Quanto al primo aspetto, si osservi che almeno due argomenti – efficacemente sintetizzati nelle sentenze Lettina, El Sheshtawi, Stawicka ed E.A.– militano decisamente in favore dell'accoglimento della tesi più restrittiva.

In primo luogo, l'estensione del concetto di “profitto”, fino a ricomprendervi anche la finalità di recare dispetto alla persona offesa, il furto motivato da ragioni di gelosia o, ancora, dalla volontà di distruggere la cosa sottratta, finisce per obliterare la capacità selettiva di un requisito di fattispecie, confondendolo con il movente dell'azione, sempre presente in ogni delitto doloso. Se, infatti, il perseguimento di un qualsiasi bisogno o utilità, anche spirituale, è sufficiente a realizzare il dolo di profitto richiesto dai delitti di furto, è evidente come sia di fatto impossibile individuare anche una sola ipotesi di sottrazione che non sia commessa ai fini di trarre un profitto per sé o per altri; con ciò, la lettera della legge viene, in buona sostanza, abrogata per via interpretativa³⁹.

In secondo luogo, si osservi che l'interpretazione estensiva e tradizionale del concetto di “profitto”, finisce per trasfigurarlo in qualsiasi utilità che l'agente si propone di conseguire con l'azione furtiva. Sul piano sistematico, tuttavia, tale risultato esegetico mal si concilia con l'impiego da parte del legislatore del diverso e più generico termine “vantaggio” per descrivere il dolo specifico richiesto da altre fattispecie incriminatrici

³⁸ Osservazione “classica”: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 13; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 10-11; F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, 94-95. Per uno sguardo più approfondito al tema della descrizione della condotta tipica nei delitti contro il patrimonio e sulla presumibile ragione per il ricorso a tali tecniche di incriminazione, v., per tutti: F. SGUBBI, *Uno studio*, cit., 76-98.

³⁹ In questo senso, in dottrina: F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, 52-53, nota 78; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 70-71; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 42; E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 112-113; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 350-351; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 221; F. SGUBBI, *Uno studio*, cit., 160.

(artt. 490, 491, 494, 617-ter, 617-sexies c.p.), la cui maggior estensione rispetto alla nozione di “profitto” è dimostrata dal fatto che, talvolta, lo stesso legislatore specifica come il vantaggio debba essere soltanto “economico” (art. 601-bis co. 3 c.p.) oppure “derivante da un contratto di assicurazione” (art. 642 c.p.); né, infine, tale interpretazione sembra conciliarsi con l’esplicita distinzione tra “profitti” e “vantaggi” contenuta nell’art. 416-bis co.3 c.p.⁴⁰

5.3. Per quanto concerne, poi, l’assunto dei fautori dell’orientamento espansivo, secondo cui, in caso di accoglimento di una nozione ristretta di dolo di profitto, rimarrebbero sforniti di tutela i furti seguiti da danneggiamento, i furti commessi nell’interesse del proprietario, i furti emulativi e affettivi e furti di beni non commerciabili, si noti innanzitutto che, come correttamente rilevato dalla sentenza E.A., in molte (se non tutte) le ipotesi decise in applicazione dell’indirizzo tradizionale, il fatto – se anche fosse stato considerato lecito nell’ottica del Titolo XIII – avrebbe comunque potuto essere considerato penalmente rilevante se osservato da altre prospettive; vale a dire, quale fatto lesivo della libertà di autodeterminazione della vittima⁴¹.

Così ad es., nulla avrebbe impedito di ravvisare il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) nel caso in cui un soggetto, strappando il telefono cellulare dalla mano della vittima, le impedisce di effettuare una telefonata (caso Caltabiano⁴²), o nel caso in cui l’autore, sottraendo e distruggendo una macchina fotografica, impedisce alla persona offesa di realizzare delle fotografie (caso Cirmena⁴³).

Data, peraltro, la nozione estremamente estesa di violenza accolta nella nostra giurisprudenza⁴⁴, occorre osservare che il delitto di cui all’art. 610 c.p. potrebbe configurarsi ben al di là delle ipotesi in cui l’autore abbia esercitato una violenza reale cd. propria (come nel caso di un furto con strappo); ma anche a fronte di una qualsiasi sottrazione che abbia prodotto un effetto restrittivo/impeditivo della libertà di autodeterminazione della persona offesa.

Con ciò, la questione degli eventuali vuoti di tutela penale si rivela già, anche prima di entrare nel merito delle varie costellazioni “problematiche” individuate dai sostenitori dell’indirizzo tradizionale, più apparente che reale.

5.3.1. Per quanto riguarda, poi, la particolare ipotesi della sottrazione immediatamente seguita da danneggiamento, si osservi in aggiunta come sia ben poco convincente l’argomento, addotto dai fautori dell’indirizzo tradizionale, per cui al riconoscimento dell’insussistenza del dolo di profitto conseguirebbe necessariamente la

⁴⁰ Per l’argomento *ex art. 416-bis co. 3 c.p.* v. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 72; E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 112.

⁴¹ La stessa obiezione in Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

⁴² Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, cit.

⁴³ Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

⁴⁴ Sul punto, v. F. VIGANÒ, *Art. 610*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, III, 1886 ss.

non punibilità dell'agente per il delitto di danneggiamento, dato che il secondo sarebbe assorbito nel primo.

È pacifico, infatti, che di concorso apparente di norme si possa parlare fin tanto che le norme incriminatrici che convergono su un medesimo fatto siano tutte applicabili⁴⁵; se, invece, il reato "assorbente" risulta insussistente, perché viene a mancare uno dei suoi elementi costitutivi, nulla osta alla condanna per il reato che, in caso contrario, sarebbe assorbito.

Così, ad es., se un giovane ambientalista, a fini dimostrativi, sottrae e poi distrugge un bene di interesse artistico esposto alla pubblica fede, lo stesso potrebbe essere comunque punito per il delitto di cui all'art. 635 co. 2 n. 1 c.p., qualora si disconoscesse la sussistenza del dolo specifico di profitto.

Se, invece, il successivo danneggiamento non dovesse risultare penalmente rilevante nemmeno ai sensi del novellato art. 635 c.p., verrebbe naturale chiedersi perché trattare diversamente chi danneggia cose altrui senza averle prima sottratte, che sarebbe tenuto soltanto al risarcimento dei danni in sede civile (si immagini un modella delusa dal lavoro del ritrattista, che per dispetto gli danneggia le tele), e chi invece sottrae, e poi immediatamente distrugge, un bene altrui, che sarebbe considerato penalmente responsabile anche in sede penale *ex art. 624 c.p.* (si pensi ancora al caso Cirmena, ove un soggetto, al fine di impedire lo scatto di fotografie da parte della persona offesa, si impossessa dell'apparecchio fotografico e immediatamente lo distrugge).

In fondo, si tratta di illeciti sostanzialmente analoghi, se osservati dal punto di vista dell'offesa al patrimonio.

5.3.2. Altrettante perplessità investono, inoltre, l'argomento per cui una delimitazione della nozione del dolo di profitto comporterebbe una radicale non punibilità delle sottrazioni di beni non commerciabili.

In primo luogo, la nozione di bene non commerciabile non è ulteriormente specificata e, pertanto, non si comprende se si sia inteso con ciò fare riferimento a beni in sé leciti, il cui commercio è vietato (per es. opere d'arte comprese nel patrimonio indisponibile dello Stato), ovvero a beni "intrinsecamente illeciti" (come, ad es., sostanze stupefacenti, parti del corpo, ecc.).

Inoltre, è evidente che anche di un bene "non commerciabile" un eventuale reo può impossessarsi a scopo di trarne profitto anche in senso strettamente economico/patrimoniale, dato che, com'è noto, anche beni illeciti o di cui è comunque vietata l'alienazione sono spesso proficuamente detenuti o ceduti, anche a titolo oneroso (es.: furto di un'antica tela rinascimentale per rivenderla sul mercato nero dell'arte), e, dunque, la costellazione non sembra porre alcun problema specifico.

Piuttosto, la questione della rilevanza penale della sottrazione di "beni non commerciabili" ci pare abbia a che fare più con il diverso tema – sul quale è del tutto superfluo esprimersi in questa sede – della definizione di cosa mobile ai sensi degli artt.

⁴⁵ Nessuna controversia sul punto; v., per tutti, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 611.

624 ss. c.p., che con quello relativo alla ricostruzione del concetto di dolo specifico di profitto⁴⁶.

5.3.3. Per quanto più specificamente riguarda, infine, la costellazione dei furti commessi nell'interesse del proprietario, non si comprende innanzitutto quali esigenze di tutela penale sarebbero irrimediabilmente frustrate in caso di mancata punizione di chi sottrae un bene alla vittima per evitare che il bene sia carpito o distrutto da terzi, per evitare che la stessa vittima scialacqui il suo patrimonio o che l'alcolizzato sprofondi ancor di più nell'etilismo; oltretutto del tutto fantasiose, tali costellazioni sembrano francamente sciolte da stringenti necessità punitive, ed anzi talvolta letteralmente considerate dal codice civile quali fatti leciti, dai quali sorge addirittura un obbligo di rimborso delle spese in favore del "buon samaritano" (art. 2031 c.c.).

A ben vedere, poi, nei casi in esame il disconoscimento del dolo specifico sembra imporsi a prescindere dalla nozione di "profitto" accolta; basti osservare, infatti, che i delitti di furto esplicitano chiaramente come il profitto agognato dall'autore debba essere voluto "per sé o per altri", e cioè, evidentemente, in favore di soggetti diversi dalla vittima del reato⁴⁷.

5.3.4. A tutto concedere, dunque, l'unica costellazione in cui si potrebbe tutt'al più ravvisare un bisogno di tutela finisce per essere rappresentata dai "furti emulativi o affettivi", in cui all'autore non è possibile rimproverare di aver costretto la vittima a fare, omettere o tollerare qualcosa, nemmeno sfruttando l'ampia definizione di violenza abbracciata dalla giurisprudenza.

V'è da chiedersi, però, se tali "vuoti di tutela" non debbano essere semplicemente accettati, considerati gli argomenti letterali e sistematici che si pongono comunque di traverso all'accoglimento di una nozione estensiva di profitto, più sopra succintamente compendiate (§ 5.2), e tenuto presente che alla vittima di una spoliazione non violenta l'ordinamento riserva comunque ampia tutela sul piano civilistico.

6. Gli indirizzi restrittivi: apprezzamento e rilievi critici.

6.1. Quanto agli orientamenti alternativi rispetto a quello tradizionale, ci pare che pieno apprezzamento meritino non soltanto gli sforzi argomentativi volti a stigmatizzare le criticità della tesi espansiva, ma anche le conclusioni raggiunte con riferimento alle concrete fattispecie in giudizio.

6.2. Tuttavia, occorre osservare, in primo luogo, come non convinca appieno la definizione di "dolo specifico di profitto" accolta nelle sentenze Lettina ed El Sheshtawi,

⁴⁶ Per una ricostruzione delle varie posizioni sul punto, sia consentito rinviare a S. LALOMIA, *Art. 624*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, III, 2236 ss.

⁴⁷ In questo senso, in dottrina: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 72; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 43; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 353.

ove si afferma che il dolo specifico di profitto sussiste soltanto quando l'autore abbia avuto di mira la «possibilità di fare uso della cosa sottratta in qualsiasi modo apprezzabile sotto il profilo dell'utilità intesa in senso economico/patrimoniale».

Ci pare, infatti, che tali sentenze stendano un ordito decisamente troppo corto, per la semplice ragione per cui, in diversi casi in cui nessuno dubiterebbe della sussistenza di un furto, soltanto con evidenti forzature si potrebbe sostenere che l'autore ha inteso trarre dalla cosa sottratta “un'utilità in senso economico/patrimoniale”⁴⁸.

Si immagini il caso di un fedele particolarmente devoto che, trovando insopportabile che una reliquia sia esposta in un museo, decida di sottrarla e tenerla presso di sé per adorarla. In un caso siffatto, ove la condanna dell'ipotetico autore per furto non scandalizzerebbe, è a nostro avviso difficilmente sostenibile che il reo abbia inteso trarre dal libro un'utilità valutabile in senso economico; il fedele intende infatti soddisfare un proprio bisogno di natura eminentemente spirituale, rispetto al quale il valore economico della cosa è per lui del tutto irrilevante.

6.3. Molto più convincente ci pare, invece, la tesi, sostenuta nelle sentenze Stawicka ed E.A., secondo cui il dolo specifico di profitto sussiste soltanto quando l'autore «abbia agito per conseguire un ampliamento del proprio patrimonio, quale fine diretto e immediato dell'azione, sia pure con l'intento di ottenere per tale via il soddisfacimento di un bisogno ulteriore anche solo di ordine spirituale».

A nostro avviso, però, anche questa tesi, pur rappresentando un deciso passo in avanti in direzione di una maggior tassatività della nozione di “dolo specifico di profitto”, non si sottrae a qualche rilievo critico.

Si tratta, infatti, di una definizione agevolmente manipolabile, che potrebbe portare al riconoscimento del dolo di profitto addirittura nei casi decisi nelle stesse sentenze ove tale nozione è stata accolta⁴⁹.

⁴⁸ Nello stesso senso, in dottrina, C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti*, cit., 148; F. MANTOVANI, op. loc. cit. *Contra*, si è ritenuto che anche in caso sottrazioni motivate dalla finalità di trarre «soddisfazione estetica» o commesse a «scopo umanitario» «il fine intrinseco dell'azione furtiva [...] rimane invece pur sempre quello di sottrarsi ai costi che il mercato impone per acquisire i beni strumentali» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 71-72). Ma si tratta di una mera petizione di principio: può ben darsi, ad es., che il reo abbia sottratto il bene semplicemente perché il suo acquisto era vietato dalla legge, o perché il proprietario si rifiutava di cederlo anche a fronte di ingenti offerte di denaro, che il ladro era prontissimo ad esborsare, e via dicendo. Al fine di aggirare l'obiezione, si è anche sostenuto che «una dose di appagamento pecuniariamente valutabile» sarebbe pur sempre rintracciabile in caso del perseguimento di un bisogno non patrimoniale, dato che «l'uomo medio, per procurarsi quella medesima soddisfazione, deve essere disposto a rinunciare ad una corrispondente utilità in danaro» (G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352). Facile replicare, tuttavia, che ciò che avrebbe fatto l'uomo medio è del tutto irrilevante, quando si tratta di valutare se uno specifico imputato fosse stato o meno animato dalla finalità di trarre profitto dalla cosa sottratta. Coerentemente, infine, vi è poi chi semplicemente ammette che il «feticista che ruba un indumento alla vittima per soddisfare un proprio bisogno erotico» non realizza il delitto di furto perché «non vi è un interesse economico sottostante» (E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 114-115).

⁴⁹ Negano che la definizione di “profitto” accolta dal Mantovani, molto vicina a quella sposata nelle sentenze in esame, valga a delimitare il concetto rispetto alla nozione generalmente percepita anche F. ANTOLISEI, C.F. GROSSO (a cura di), *Manuale*, cit., 389, nota 24 e L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 221, nota 51.

Non risulta difficile, infatti, immaginare una motivazione che, pur partendo dalle stesse premesse, affermi, ad es., che gli attivisti che hanno sottratto decine di cani dallo stabulario (caso Stawicka⁵⁰) erano in realtà mossi dalla finalità di incrementare – sia pur soltanto temporaneamente – il proprio patrimonio, sottraendo e impossessandosi degli animali in questione, al fine di soddisfare i propri bisogni ulteriori, di natura politico-dimostrativa.

7. Una modesta proposta: il dolo di profitto come volontà di trarre dal bene sottratto il suo tipico valore d'uso, o il suo valore intrinseco.

7.1. Ci pare, insomma, che l'aspetto centrale della questione rimessa alle Sezioni unite risieda nell'individuazione di una definizione di "dolo specifico di profitto" che, da un lato, contemperi le rigidità dell'orientamento tradizionale e, dall'altro, non restringa eccessivamente l'area della punibilità, risultando al contempo sufficientemente chiara, così da ridurre il rischio di una sorta di "eterno ritorno" alla concezione espansiva del dolo di profitto.

7.2. A riguardo, un possibile spunto – che sviluppa diverse intuizioni contenute nelle sentenze "ribelli", e alcuni suggerimenti provenienti dalla dottrina⁵¹, da sempre critica in merito all'eccessiva estensione delle nozioni di profitto – potrebbe essere quello di valorizzare non tanto la dicotomia tra bisogni di natura "economica" o bisogni di natura "spirituale", che da sempre anima il dibattito sul punto; quanto, piuttosto, l'intera locuzione impiegata dal legislatore ("al fine di trarre profitto per sé o per altri"), che ci sembra porre l'accento, più che sulla natura del profitto, *sul legame tra "profitto" – comunque lo si voglia definire – e bene sottratto.*

Scegliendo di punire soltanto chi sottrae una cosa mobile "al fine di trarre profitto", ci pare infatti che il legislatore abbia inteso punire soltanto le sottrazioni volte a trarre dal bene l'utilità – sia essa valutabile o meno in termini economici – *propria del bene stesso e a quest'ultimo connaturata*; le sottrazioni, in altri termini, volte a sfruttare il bene *per il suo valore d'uso culturale o per il suo valore intrinseco*, ovvero le sottrazioni animate dallo scopo di *alienare il bene a terzi*, a titolo oneroso o gratuito.

7.3. Tralasciando l'esame delle ipotesi, per vero non controverse, ove il bene è stato carpito per trasferirlo a terzi, in cui la "volontà di estrarre valore dalla cosa" è sempre agevolmente rintracciabile, si osservi come, a nostro avviso, la definizione poc'anzi proposta rechi il pregio di indicare una soluzione ragionevole, e

⁵⁰ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

⁵¹ V., ad es., sia pur nell'ambito di concezioni del dolo di profitto diverse da quella qui perorata, le osservazioni in merito ai «rapporti tra il profitto e il fatto» in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 44; o relative al necessario riferimento del «profitto [...] alla cosa (ovvero al godimento di essa)» in G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 351.

ragionevolmente prevedibile, in ciascuna delle costellazioni controverse che hanno portato alla pronuncia dell'ordinanza di remissione in commento.

Così, ad es., in applicazione della tesi poc'anzi delineata, non risponde per furto chi sottrae i vestiti appena acquistati dalla propria compagna nel corso di una litigata, non tanto perché questi non persegua una finalità di arricchimento, quanto perché la sottrazione non è volta *a trarre dai vestiti l'utilità che è loro propria* (indossarli, non impiegarli per fare un dispetto); non sussiste il dolo specifico di profitto in capo a chi leva il telefono alla vittima per scoprirne un presunto tradimento, perché l'agente non è mosso dall'intenzione *di trarre dal bene il suo tipico valore d'uso* (consentire la comunicazione tra persone distanti, e non indagare su asserite infedeltà); non sussiste l'elemento soggettivo del delitto di furto qualora uno studente indisciplinato sottragga un lucchetto e lo getti dalla finestra al fine di compiere un atto vandalico, *dato che la tipica funzione di un lucchetto non è certo quella di essere utilizzata come proiettile*; né è punibile il sindacalista che, al fine di consentire una dimostrazione da parte dei colleghi, sottragga alcuni fusibili, *poiché l'agente non è animato dalla volontà di sfruttare tali beni per l'uso ad essi connaturato* (proteggere un circuito dalle sovracorrenti); né, infine, si può dire che abbiano agito a fini di profitto attivisti che, a fini dimostrativi e per tutelare dei cani di razza beagle, li sottraggano e li liberino, considerato che costoro non paiono sicuramente mossi dalla volontà *di trarre utilità alcuna dagli animali stessi*.

Più in generale, poi, ci pare manchi in radice il dolo specifico richiesto dal delitto di furto in capo a chi sottrae un bene mobile per impedirne l'utilizzo, perché impedire l'utilizzo di un bene mobile è *l'esatto contrario del mirare al suo sfruttamento* (si pensi alle numerose ipotesi di sottrazione di un telefono cellulare per impedire alla vittima di fare una telefonata); né, per la stessa ragione, in capo a chi si appropria furtivamente di una cosa mobile al fine di distruggerla, salvo che la distruzione sia irrimediabilmente connaturata allo sfruttamento del bene stesso (come, ad es., in caso di furto di legna da ardere).

7.4. Si noti, infine, come la concezione qui proposta non osterebbe alla punizione per il delitto di furto di chi abbia sottratto una cosa mobile al fine di estrarne un'utilità che difficilmente può essere descritta in termini economico/patrimoniali, ma che pure è tipica del bene di cui l'autore si è appropriato; pertanto, questa tesi sembrerebbe sottrarsi alle obiezioni comunemente rivolte ai fautori di una nozione di profitto inteso in senso strettamente economico, già ricordate nel precedente paragrafo (§ 6.2).

Così, ad es., nulla vieterebbe, in accoglimento della tesi qui propugnata, di considerare realizzata a fini di profitto la sottrazione di un libro antico da parte del collezionista, nonostante il fatto che quest'ultimo, completamente disinteressato al suo valore di mercato, appaia più che altro mosso dal desiderio di bearsi della vastità della sua collezione e vantarsi del nuovo "acquisto" con altri collezionisti.

IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA NEI PROGRAMMI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA

di Raffaele Muzzica

Il titolo IV del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, introduce per la prima volta nel sistema penale italiano una disciplina organica dei programmi di giustizia riparativa. Il contributo si propone di delineare il nuovo catalogo di doveri, funzioni e poteri dell'autorità giudiziaria penale nell'ambito di questo sotto-sistema, del tutto alternativo rispetto al tradizionale meccanismo processuale fondato sulle logiche coattive del binomio "accertamento processuale-sanzione", comparandolo altresì a quello del mediatore, innovativa figura professionale istituita dal d. lgs. 150/2022.

SOMMARIO: 1. Una prima disciplina organica della giustizia riparativa: principi e criteri direttivi ed influenze sovranazionali. – 2. Il decreto delegato e la versione «*process-based*» di giustizia riparativa. – 3. Il ruolo del mediatore: «*pacificare senza decidere*». – 4. Il ruolo del giudice: «*decidere senza necessariamente pacificare*». – 4.1. Il dovere di informazione. – 4.2. Il potere di selezione dei casi “*mediabili*” ed il “*gradiente riparativo*”. – 4.3. Il potere-dovere di valutazione del programma riparativo. – 5. Conclusioni.

1. Una prima disciplina organica della giustizia riparativa: principi e criteri direttivi ed influenze sovranazionali.

Tra le numerose deleghe contenute nella legge 27 settembre 2021 n. 134 (cd. riforma Cartabia) l'art. 1 co. 18 delegava l'Esecutivo ad introdurre un sistema organico di giustizia riparativa¹.

Tra gli obiettivi del legislatore delegante vi era non solo quello di concretizzare in modo operativo una profonda elaborazione teorica di matrice internazionale² ma ormai invalsa anche nei confini nazionali³, ma altresì quello di realizzare i pressanti

¹ Sui principi della legge delega in tema di giustizia riparativa cfr. A. PRESUTTI, [Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale](#), in questa Rivista, 20 luglio 2022.

² J. Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1999, 25, 1; J. Dignan, *Understanding Victims and Restorative Justice*, Maidenhead, 2005; H. Strang-J. Braithwaite, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Aldershot, 2000; D.W. Van Ness-K. Heetderks Strong, *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, Waltham, 2015.

³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria, in Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, 116; C. PERINI, *L'alternativa al carcere al tempo della crisi: inveroamento o deriva di sistema?*, in *Europe in crisis:*

obiettivi di decarcerizzazione e deflazione processuale⁴, strettamente connessi agli impegni assunti con il PNRR.

In tale prospettiva, la riforma Cartabia dettava criteri direttivi implicanti la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti dal legislatore.

Come è evidente, la logica del legislatore delegante si connotava per un approccio radicalmente mutato rispetto al passato, chiaramente olistico e – vera novità per l'ordinamento italiano – slegato dal tradizionale criterio formale della fattispecie astratta.

Nell'ordito normativo della legge delega, inoltre, l'autorità giudiziaria assumeva un importante ruolo proattivo di iniziativa del procedimento riparativo e di valutazione dello stesso in termini – ancora una volta, innovativi ancorché generici – di “utilità”.

Con la riforma Cartabia, inoltre, il legislatore nazionale ha colto l'occasione per implementare alcune tendenze espresse dalla normativa europea in tema di giustizia riparativa.

Mentre, infatti, la Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 conteneva previsioni, poco concrete e ancor meno vincolanti, in cui genericamente veniva disposto che gli Stati membri promuovessero «la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati» ritenuti «idonei», la Direttiva 2012/29/UE⁵, oltre ad individuare la mediazione come possibile forma alternativa alla pena (in ogni caso applicabile soltanto allorquando essa corrisponda all'interesse della vittima, come stabilito dall'art. 12, comma 1, lett. a) della Direttiva), estendeva altresì il proprio ambito applicativo anche ad altre forme di giustizia riparativa cui far ricorso nell'interesse della vittima, fra cui ad esempio i dialoghi estesi ai gruppi parentali e i circoli commisurativi⁶.

Tali strumenti – postulati dalla Direttiva come pre-dati negli Stati membri, piuttosto che come frutto della legislazione europea – vengono menzionati nell'articolato normativo al fine di imporre agli Stati membri particolari garanzie e cautele nei confronti delle vittime: gli stessi, per risultare conformi alla Direttiva, devono essere adoperati per salvaguardare gli interessi della vittima, per consentire la riparazione del pregiudizio subito e la prevenzione di ulteriori danni, subordinando il

crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis, a cura di C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis, G. Papadimitrakopoulos, Atene 2017, II, 1857 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.

⁴ R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1169 ss.

⁵ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 14 novembre 2012, L. 315/57.

⁶ Cfr. considerando n. 46 della direttiva 2012/29/UE.

ricorso a tali differenti percorsi al riconoscimento da parte dell'autore del reato dei fatti essenziali del caso.

Più che ampliare il possibile novero dei programmi di giustizia riparativa, la Direttiva UE 2012/29⁷ introduce per la prima volta nel dibattito scientifico italiano una tematica tipica dei sistemi maggiormente avvezzi al fenomeno della Giustizia riparativa, ovvero la tutela della vittima "all'interno" del procedimento riparativo⁸, con uno statuto di prerogative e diritti, non a caso, molto simili a quelli previsti nel procedimento penale.

Sul punto il legislatore delegante, in piena attuazione del dettato eurounitario, stabiliva tra i principi e criteri direttivi le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento, inclusi la completa, tempestiva ed effettiva informazione della vittima del reato e dell'autore del reato circa i servizi di giustizia riparativa disponibili; il diritto all'assistenza linguistica delle persone alloglotte; la rispondenza dei programmi di giustizia riparativa all'interesse della vittima del reato, dell'autore del reato e della comunità; la ritrattabilità del consenso in ogni momento; la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa, salvo che vi fosse il consenso delle parti o che la divulgazione fosse indispensabile per evitare la commissione di imminenti o gravi reati e salvo che le dichiarazioni integrassero di per sé reato, nonché la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena.

I principi e criteri direttivi della riforma, infine, strutturavano una "osmosi non biunivoca" tra procedimento penale e procedimento riparativo, come si evince dalla lettera e) del comma, in cui si stabiliva che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa potesse essere valutato dal giudice nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento, al contrario, espressamente non poteva produrre effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva.

Dal punto di vista operativo, la legge delega – oltre a prevedere criteri direttivi in tema di formazione dei mediatori – si occupava altresì di individuare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa, prevedendo che gli stessi fossero erogati da "strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della giustizia", almeno una in ciascun distretto di Corte d'appello e che, per lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, le stesse potessero avvalersi delle competenze di mediatori esperti accreditati presso il Ministero della giustizia.

⁷ G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *AP online*, 2015, 2, 9.

⁸ Come riconosciuto da M. Kilching – L. Parlato, *Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. Pen.*, 11, 2015, 4200 ss., la tutela della vittima rappresentava l'unica base giuridica in ragione della quale l'Unione Europea poteva emanare norme relative alla giustizia riparativa, fino al 2012 ritenuta appannaggio esclusivo della sovranità degli Stati membri, facultizzati ma non obbligati dal diritto dell'Unione ad introdurre istituti riparativi all'interno dei propri sistemi giuridici.

2. Il decreto delegato e la visione “*process-based*” di giustizia riparativa.

Il titolo IV del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁹, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, introduce per la prima volta nel sistema penale italiano una disciplina organica dei programmi di giustizia riparativa¹⁰.

Il *corpus* normativo, seguendo una prassi tradizionalmente invalsa soprattutto in caso di trasposizioni di normative eurounitarie e/o internazionali, esordisce con un elenco di definizioni di carattere generale, prima tra tutte quella di giustizia riparativa.

Questa viene definita come “ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell’offesa ed 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” (art. 42 co. 1 lett. a), d. lgs. n. 150/2022).

Nella tradizionale diatriba tra la visione della giustizia riparativa come processo (*process-based view*)¹¹ e quella come risultato (*outcome-based view*)¹², il legislatore delegato mostra nettamente preferenza per la prima, sebbene non declinata in termini di alternative rispetto al sistema penale ma più propriamente in termini di complementarità con quest’ultimo¹³.

Ed infatti, appare opportuno sottolineare come la definizione adoperata dal decreto legislativo ricalchi quella utilizzata in numerosi documenti internazionali aventi ad oggetto il concetto di giustizia riparativa, in primo luogo quello contenuto nella Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio economico e sociale dell’ONU, recante i *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* che, all’art. 2, definisce il processo riparativo quale “any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.”

⁹ Per un’analisi complessiva dell’intero articolato normativo, cfr. la relazione illustrativa dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, rel. 2/2023, 5 gennaio 2023.

¹⁰ Deve comunque rilevarsi che l’art. 5-*novies*, introdotto, in sede referente, dalla legge 30 dicembre 2022 n. 199, di conversione, con modifiche, del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, ha aggiunto all’art. 92 d. lgs. n. 150 del 2022 il nuovo comma 2-*bis* che differisce di sei mesi l’entrata in vigore, di fatto, del sistema di giustizia riparativa delineato dalla riforma, al fine di consentire l’allestimento dei centri per la giustizia riparativa e l’adeguata formazione dei mediatori.

¹¹ T. MARSHALL, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/4, 1996, 37; P. MC COLD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 3 (4), 2000, 393 ss.

¹² L. WALGRAVE, *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 95.

¹³ M. BORTOLATO, [La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo](#), in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2022; V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 102 ss.

Il concetto di giustizia riparativa come processo, dominante nella dottrina italiana¹⁴ e maggiormente diffuso nella prassi, individua l'essenza della giustizia riparativa non tanto nel fine, bensì nel mezzo attraverso il quale il singolo obiettivo concreto viene, di volta in volta, ottenuto.

La prevalenza dell'elemento procedurale rispetto al suo esito è evidente altresì nella lettura della definizione fornita di "esito riparativo" (art. 40 co. 1 lett. e), d. lgs. n. 150/2022, in cui il legislatore, oltre a sottolineare l'idoneità dell'esito alla riparazione del danno e la sua provenienza dal programma riparativo, si premura di evidenziare la sua richiesta capacità di "rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti".

Ne consegue, come è stato acutamente sottolineato, che il programma di giustizia riparativa in tanto è tale in quanto le vittime, gli autori dei reati e la comunità di riferimento costituiscano simultaneamente sia oggetto che soggetto attivo della riparazione, collaborando alla procedura al fine di riparare ed "essere riparati"¹⁵.

La scelta della riforma Cartabia per una versione *process-based* della giustizia riparativa si evince altresì nella descrizione dei programmi riparativi (art. 53, d. lgs. n. 150/2022), a partire dalla mediazione¹⁶ – anche con cd. vittima aspecifica, ovvero di un reato diverso da quello per cui si procede¹⁷ – per poi giungere al dialogo riparativo e, ad ulteriore conferma dell'approccio olistico e casistico della riforma, a qualsiasi "altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa".

I programmi riparativi menzionati nel decreto ricalcano istituti ben noti alla letteratura europea e internazionale – i cui principi, a mo' di norma interposta, vengono richiamati dal legislatore delegato al comma 1 dell'art. 53 – quali la *Victim-Offender Mediation*, il *family group conferencing*, il *circle*¹⁸.

Queste tre forme di giustizia riparativa rappresentano, in un'ideale progressione, un percorso di tendenziale ampliamento del novero dei soggetti coinvolti nella gestione del conflitto sotteso al reato e, ancorché non privi di una tensione verso un esito

¹⁴ Nella dottrina italiana cfr. C. MAZZUCATO, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi – G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, 119 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *Sistemapenale.it*, 14 novembre 2022.

¹⁵ J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, 6.; G. BAZEMORE – M. UMBREIT, *Balanced and Restorative Justice: Program Summary: Balanced and Restorative Justice Project*, Washington, D.C., U.S., 1994.

¹⁶ Per un'ampia panoramica, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 547 ss.; P. MARTUCCI, voce *Mediazione penale*, in *Enc. Giur.*, Agg., 2005, XIX, 1 ss.

¹⁷ Tradizionalmente considerata invece dalla dottrina come un "*quasi-restorative process*", tipico di una visione reocentrica, cfr. M. BOUCHARD – F. FIORENTIN, [Sulla giustizia riparativa](#), in *Questione Giustizia*, 23 novembre 2021, 17.

¹⁸ Nella dottrina italiana, tale forma di giustizia riparativa è stata espressamente tradotta con il termine di "dialogo riparativo", mutuato altresì dal legislatore delegato; cfr. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 238.

riparativo, sono idealmente collocabili nell'alveo della nozione della giustizia riparativa come processo.

Tale dato si evince con nettezza nel contenuto dell'art. 45, d. lgs. n. 150/2022, che include tra i partecipanti ai programmi di giustizia riparativa, oltre alla vittima del reato ed alla persona indicata come autore, le cosiddette vittime secondarie, ovvero i soggetti a vario titolo attinti dal reato, vuoi in virtù del legame affettivo con uno dei partecipanti primari, come i familiari o gli amici della vittima, vuoi i sostenitori del reo in qualche modo interessati dal reato. Sebbene tali membri talvolta contribuiscano all'eventuale esito riparativo, pare evidente che il loro ruolo assuma una maggiore pregnanza dal punto di vista partecipativo e procedimentale. Significativamente in tal senso, l'articolo citato contiene una formula di chiusura espressiva di un'elevata recettività dei programmi riparativi introdotti dal legislatore, aperti a "chiunque altro vi abbia interesse" (art. 45 co. 1 lett. d).

Ulteriore conferma della scelta per un modello *process-based* di giustizia riparativa è rappresentata dalla logica esclusivamente consensuale dei programmi di giustizia riparativa, come si evince dall'art. 48, d. lgs. n. 150/2022, secondo il quale "Il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa è personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta. È sempre revocabile per fatti concludenti". Come è stato acutamente osservato, l'imprescindibile consenso delle parti – «una variabile su cui lo Stato non ha alcun controllo»¹⁹ – rappresenta una costante nella visione *process-based* della giustizia riparativa. Inoltre, il legislatore non si limita a postulare il consenso come fondamento del programma riparativo, ma lo circonda di garanzie formali e sostanziali (la confidenzialità delle dichiarazioni e dei contenuti dei programmi riparativi *ex art.* 50, d. lgs. n. 150/2022, l'inutilizzabilità degli stessi in sede penale *ex art.* 51, d. lgs. n. 150/2022, la tutela del segreto del mediatore ed il suo mancato onere di denuncia, nonché le garanzie contro sequestri, perquisizioni e intercettazioni contenute nell'art. 52, d. lgs. n. 150/2022) che ne assicurano l'effettività.

Nella visione *outcome – based*, invece, l'attenzione sull'esito spinge verso una versione massimalista della giustizia riparativa, potenzialmente idonea ad includere tutte le azioni finalizzate ad ottenere una riparazione, ancorché parziale e, se del caso, addirittura imposta. L'elemento della coattività rappresenta il tratto caratteristico dell'approccio massimalista alla giustizia riparativa e costituisce il riflesso del più ampio dibattito circa il carattere autosufficiente dell'ideale riparativo rispetto al meccanismo penale, ovvero alla necessità di una interrelazione tra i due sistemi di controllo²⁰.

Come è stato sottolineato, infatti, il modello *process-based* di giustizia riparativa è connotato da una amplificazione tanto dei risvolti virtuosi quanto delle criticità tradizionalmente connesse ai sistemi di giustizia riparativa, ponendosi tradizionalmente in chiave del tutto alternativa rispetto al tradizionale sistema formalizzato di gestione del conflitto sotteso al reato.

¹⁹ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada*, cit., 374.

²⁰ Sul punto, cfr. R. BARTOLI, [Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva](#), in questa *Rivista*, 29 novembre 2022.

Un modello “puro” di giustizia riparativa, del tutto scevro da punti di contatto con il sistema penale, conserva indubbiamente il più alto potenziale in ordine ad un possibile risultato riparativo (inteso, nelle diverse e non escludenti accezioni invalse nei vari sistemi, come riduzione del tasso di recidiva, maggiore soddisfazione della vittima, riduzione dell’allarme sociale) ma, al tempo stesso, amplifica i rischi in termini di potenziale vittimizzazione secondaria, di abbassamento dello standard di garanzie individuali e di privatizzazione del conflitto, con il conseguente rischio di *net-widening effect*²¹.

Il concetto massimalista di giustizia riparativa, sebbene considerato meno efficace di quello procedurale, compensa questa asserita minore efficacia con una altrettanto minore problematicità, compensando l’eventuale mancanza del consenso con il raggiungimento dell’esito riparativo, ancorché mediante forme autoritative che – in quanto tali – sono connotate in uno Stato di diritto di garanzie pubblicistiche.

Pur privilegiando i procedimenti riparativi consensuali, infatti, se l’accordo volontario non può essere raggiunto per qualsivoglia ragione, in un’ottica massimalista l’approccio riparativo include anche vere e proprie sanzioni, finalizzate a riparare, ancorché parzialmente, il danno della vittima e restaurare la coesione sociale della comunità: secondo il modello massimalista, tali sanzioni dovrebbero comunque essere applicate da un sistema di giustizia tradizionale, orientato primariamente verso l’imposizione di sanzioni riparative anziché meramente afflittive²², in una logica di ibridazione tra sistema penale e giustizia riparativa²³, piuttosto che di mera alternatività e/o complementarità.

3. Il ruolo del mediatore: «pacificare senza decidere».

La serietà programmatica dell’intento riformatore del legislatore si rivela nella restante parte dell’intervento normativo, dedicato alla formazione dei mediatori (capo IV, Sez. I, art. 59), all’organizzazione dei servizi di giustizia riparativa (capo V, artt. 61-64), nonché alla destinazione di apposite risorse finanziarie (art. 67) per l’implementazione di un sistema nazionale di giustizia riparativa²⁴.

²¹ In sociologia della devianza con tale espressione si intende quel fenomeno per il quale la riduzione del controllo formale statale, accompagnata dall’istituzione di meccanismi di controllo deformalizzati, rischia di restringere la sfera di libertà degli individui, involgendo comportamenti che, per la loro scarsa o del tutto assente lesività, sarebbero risultati estranei al controllo formale. Cfr. J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, 93 ss.

²² L. WALGRAVE, *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. – Roberts J. – Bottoms A. E. – Roach K. – Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 61 ss.; optano per un sistema massimalista, che riconosce la necessità di sanzioni riparative imposte anche A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH – C. SHEARING, *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A “making amends” model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. – Roberts J. – Bottoms A.E. – Roach K. – Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

²³ L. WALGRAVE, *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, in AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton-Portland, 2007, 564.

²⁴ A. PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 7.

La figura del mediatore rappresenta la vera e propria pietra di volta del sottosistema delineato dal d. lgs. n. 150/2022, essenziale in ognuno dei programmi di giustizia riparativa previsti dal legislatore.

Benché condivida con il giudice il necessario carattere dell'imparzialità, a differenza di quest'ultimo che ha il compito di «decidere senza necessariamente pacificare», il mediatore ha il compito di «pacificare senza decidere»²⁵: «la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (...) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire tra le parti lo spazio comunicativo intersoggettivo e a trovare un "segno" comune che possa condurre al superamento del conflitto»²⁶.

Durante la mediazione le parti discutono di come il reato le abbia coinvolte, possibilmente condividono e sviluppano una soluzione reciprocamente soddisfattiva che in ogni caso è considerata secondaria ed eventuale rispetto al dialogo intercorso tra le parti, poiché il vero scopo del procedimento è il procedimento stesso, teso a ricostruire un tessuto di relazioni sociali più solide che a sua volta diminuirà il rischio di nuove controversie tra le parti e, nel caso in cui queste ugualmente scaturiscano, favorirà la possibilità di risolverle in via consensuale e spontanea.

Lo scopo della mediazione nell'ambito della giustizia riparativa è, dunque, molto più nobile di una mera conciliazione intesa in un senso utilitaristico e economicistico, fenomeno non del tutto sconosciuto alla prassi degli organi giudicanti.

Tuttavia, atteso che il compito del mediatore è quello di ricostruire uno spazio comunicativo intersoggettivo tra vittima e reo, condizione imprescindibile per l'eventuale riuscita dell'esito riparativo, come è stato segnalato anche dalla dottrina anglosassone, la giustizia riparativa in sé non offre le garanzie di un imparziale accertamento della responsabilità²⁷, ritenuto da molti imprescindibile per un corretto funzionamento dello stesso ideale riparativo²⁸.

Come è stato sottolineato, infatti, la giustizia riparativa «non mira all'accertamento di un fatto, ma piuttosto parte dall'accertamento di un fatto di reato, per creare una nuova situazione fattuale, cioè la costruzione di spazio dialogico-comunicativo tra le parti confliggenti»²⁹.

La rinuncia ad ogni pretesa accertativa da parte dei programmi di giustizia riparativa delineati dal d. lgs. n. 150/2022 è evidente in molteplici punti dell'ordito normativo.

In primo luogo, nell'art. 44, d.lgs. n. 150/2022 è espressamente previsto che ai programmi di giustizia riparativa si può accedere in ogni stato e grado del processo, anche 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 c.p.p., o per

²⁵ D. CERTOSINO, *op. cit.*, Bari, 2015, 69.

²⁶ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada*, cit., 359.

²⁷ Nella dottrina italiana, cfr. M. DEL TUFO, [Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi \(24 maggio 2021\)](#), in *Arch. pen. web*, 2021, 2; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 344.

²⁸ A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH – C. SHEARING, *Specifying aims and limits for Restorative Justice*, cit., 2003, 33.

²⁹ S. MOCCIA, *op. cit.*, 344.

intervenuta causa estintiva del reato, e, per i reati perseguibili a querela, anche prima della proposizione della stessa. Evidentemente, le ultime citate costituiscono situazioni nelle quali nessun accertamento processuale nel merito vi è o vi è stato.

D'altronde, le forme finora embrionali di giustizia riparativa presenti nel nostro sistema si sono situate in meccanismi procedurali anti-cognitivi, come nel caso della sospensione del procedimento con messa alla prova³⁰, ovvero in fasi del processo penale, come quelle esecutive³¹, in cui l'accertamento è dato come presupposto, e non certo affidato ai processi riparativi.

Significativamente in tal senso, inoltre, l'art. 42 co. 1 lett. c) definisce il soggetto *lato sensu* autore del reato oggetto del programma di giustizia riparativa come "persona indicata come autore dell'offesa", intendendo, in modo esemplificativo, inclusi in tale accezione la persona indicata come tale dalla vittima, l'indagato, l'imputato, il sottoposto a misura di sicurezza, il condannato in via definitiva ovvero il destinatario di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto di procedibilità o per estinzione del reato.

L'estraneità della finalità accertativa dall'accezione di giustizia riparativa prescelta dal legislatore delegato, se da un lato regge fondatamente sulla natura consensualistica dei programmi di giustizia riparativa, dall'altro non può prescindere, tuttavia, quanto meno dal riconoscimento, da parte dell'autore di un reato, di un suo coinvolgimento nella vicenda umana sussunta nella fattispecie incriminatrice oggetto del procedimento, non necessariamente traducibile in un'affermazione di "responsabilità" per l'accaduto³².

L'assenza di consenso e di autoriconoscimento del proprio coinvolgimento nel fatto quali basilari prerequisiti, già costituiti o quanto meno in potenza, impediscono il fruttuoso sviluppo di qualsiasi programma di giustizia riparativa.

Si ritiene che la verifica circa la sussistenza di tali presupposti sia delibabile, *prima facie*, dal giudice (come si vedrà *ultra*) ma più propriamente tale disamina è appannaggio del mediatore, costituendo i suddetti requisiti al tempo stesso presupposti di fattibilità del programma di giustizia riparativa ed indici di un suo possibile esito positivo *in fieri*.

Tale riflessione trova conferma normativa nel disposto dell'art. 48 co. 6, d. lgs. n. 150/2022 il quale stabilisce che il consenso al programma di giustizia riparativa viene

³⁰ Su cui sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. Pen. Giust.*, III, Torino, 2015.

³¹ Cfr. il disposto dell'art. 13 della legge n. 354 del 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario, che favorisce il ricorso a programmi di giustizia riparativa nei confronti dei condannati e degli internati, nonché il nuovo art. 15-bis della medesima legge, a norma del quale l'Autorità giudiziaria, da individuarsi nella magistratura di sorveglianza, può disporre l'invio di detti soggetti, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa, in attuazione ai principi di delega contenuti nell'art. 1, comma 18, lett. c) ed e), della legge n. 134 del 2021, che prevedono, anche in fase di esecuzione della pena, la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa.

³² Tale considerazione risulta essenziale, altresì, in un'interpretazione conforme al dettato dell'art. 12 lett. c) della Direttiva 2012/29 che, impone agli Stati membri di attuare i programmi di giustizia riparativa soltanto allorché l'autore del reato abbia riconosciuto i fatti essenziali del caso ("*the offender has acknowledged the basic facts of the case*").

raccolto dal mediatore (e non dal Giudice) nel corso del primo incontro, eventualmente alla presenza dei difensori delle parti, ove queste lo richiedano. Il dato è confermato altresì dall'art. 54, d. lgs. n. 150/2022, dedicato alle "attività preliminari" del mediatore, il quale cura uno o più contatti preliminari, diretti a fornire le informazioni necessarie, nonché, appunto, "a raccogliere il consenso (...) verificare la fattibilità dei programmi stessi".

Il combinato disposto delle norme citate – facendo tesoro delle già diffuse esperienze sperimentali di giustizia riparativa nel territorio nazionale – codifica una prassi virtuosa, che talvolta vede il consenso al programma di giustizia riparativa come frutto dell'attività maieutica del mediatore il quale, attraverso uno o più colloqui preliminari, può sondare le dinamiche relazionali sottese al reato, comprendere la natura di eventuali ostacoli alla formazione del consenso e, eventualmente, coadiuvare le parti a rimuoverli. Di tutta evidenza, si tratta di *skills* del tutto estranee al ruolo, alle competenze ed alle funzioni del Giudice penale che si trovi di fronte ad un potenziale programma di giustizia riparativa.

4. Il ruolo del giudice: «decidere senza necessariamente pacificare».

Come accortamente sottolineato dalla dottrina, la magistratura e, in generale, gli operatori del diritto hanno mostrato di nutrire verso l'ideale di giustizia riparativa «un atteggiamento ambivalente, che oscilla tra i poli opposti dell'adesione fideistica e del rifiuto aprioristico»³³.

Il tendenziale scetticismo nei confronti della giustizia riparativa fonda sulle frizioni che la stessa comporta in rapporto ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, in primis quello di eguaglianza, di presunzione di innocenza e di tutela del diritto di difesa, nell'ambito di procedimenti ispirati all'ideale di giustizia riparativa, generalmente del tutto deformalizzati e affidati al consenso delle parti.

La soppressione o la forte riduzione del ruolo dello Stato, dunque, limitato a compiti coadiuvanti e facilitatori dei processi riparativi, presenta notevoli problematiche nel caso in cui questi ultimi abbiano ad oggetto dei reati, ovvero fatti intrinsecamente di interesse pubblico, e non mere questioni privatistiche di interesse individuale.

Non si può sottacere che, secondo alcune voci critiche, la giustizia riparativa potrebbe rappresentare il viatico per una vera e propria deriva populistica del controllo penale, capace di scardinare i principi garantistici del diritto penale "classico"³⁴, a tutto vantaggio dei membri più forti della comunità, abilitati a depotenziare le cosiddette tutele esterne³⁵ offerte dalle leggi dello Stato, destinate a proteggere indistintamente tutti, ma soprattutto i soggetti più deboli dei gruppi culturali di riferimento³⁶.

³³ G. MANNOZZI, *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis – Rivista giuridica*, III, 2011, n. 9, p. 37.

³⁴ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi – G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, 71.

³⁵ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999

³⁶ Cfr., nell'ambito della critica femminista, S.M. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, in *Is*

Al netto di siffatte precomprensioni negative da parte degli interpreti e degli operatori del diritto e di tali legittime preoccupazioni, la novella normativa rappresentata dal d. lgs. n. 150/2022 impone una rinnovata riflessione in ordine al ruolo che l'autorità giudiziaria³⁷ – espressione, nell'ambito dei programmi riparativi, dello Stato-Autorità, con il suo bagaglio, concreto e simbolico, di poteri e garanzie – è chiamata a svolgere, a partire, come è ovvio, dall'ordito normativo di riferimento.

4.1. *Il dovere di informazione.*

In primo luogo, l'art. 47, d. lgs. n. 150/2022 pone a carico dell'autorità giudiziaria un dovere di informazione nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato, in merito alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa ed ai servizi disponibili.

Si tratta di un dovere generale e complessivo, secondo una falsariga già nota nell'ordinamento processuale³⁸, da adempiere “senza ritardo” ed “in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza”, condiviso altresì con tutti gli altri operatori indicati al comma 2 della norma. Le informazioni, inoltre, ai sensi del comma 5 dell'art. 47, devono essere fornite ai destinatari in una lingua comprensibile e in modo adeguato all'età ed alla capacità degli stessi (non può escludersi, ad esempio, altresì l'utilizzo delle potenzialità grafiche e, più in generale, delle tecnologie di comunicazione comunemente adoperate nella vita quotidiana).

Senza alcuna pretesa di esaustività e rimandando alla lettura del complesso intervento novellatore, il dovere informativo in questione è stato tradotto, dal legislatore delegato, nell'introduzione dell'art. 90-*bis*.1 c.p.p., il quale appunto stabilisce che la vittima del reato, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, viene informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa, nonché nell'introduzione della lett. *i-bis* all'art. 386 c.p.p., prevedendo eguale informazione all'arrestato o al fermato, del comma 1-*ter* all'art. 369 c.p.p., ed alla modifica del comma 3 dell'art. 415-*bis* c.p.p., generalizzando tale onere informativo nei confronti degli indagati destinatari di un'informazione di garanzia ovvero dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Appare appena il caso di sottolineare come, nonostante manchi espressa aggettivazione nel disposto normativo, il dovere in questione debba concernere informazioni “complete” e, soprattutto, tenuto conto della delicatezza del tema, non

multiculturalism bad for women?, S.M. Okin (a cura di), New York, 1999.

³⁷ Occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 45-*ter* disp. att. c.p.p., come novellato dalla riforma, quanto descritto in ordine al ruolo del Giudice deve ritenersi esteso altresì al Pubblico ministero nella fase delle indagini prima dell'esercizio dell'azione penale (cfr. Relazione illustrativa dell'Ufficio del Massimario, p. 313).

³⁸ Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alle informazioni da fornire alla persona offesa ai sensi dell'art. 90-*bis* c.p.p., oppure alla comunicazione da fornire al soggetto arrestato o fermato, ai sensi dell'art. 386 c.p.p., come novellato dall'art. 1 co. 1, lett. e) n. 1) del d. lgs. 1 luglio 2014, n. 101.

inquinata dall'utilizzo di un linguaggio connotativo e non neutrale, che potrebbe compromettere la successiva attività proattiva del mediatore.

In tal senso, sarebbe opportuno considerare l'inserimento – tra le informazioni da fornire ai destinatari – di un avviso circa la non necessità, per le parti, di esternare il loro consenso al programma di giustizia riparativa dinnanzi all'autorità giudiziaria – evitando, in tal modo, probabili “chiusure difensive” preventive dei destinatari – rassicurandoli piuttosto circa la successiva ed eventuale manifestazione del consenso negli incontri con i mediatori.

4.2. Il potere di selezione dei casi “mediabili” ed il “gradiente riparativo”.

In secondo luogo, il decreto legislativo assegna all'autorità giudiziaria il ruolo di “filtro” dei casi da trasmettere ai neo-istituiti centri di giustizia riparativa.

In tal senso, norma-chiave è costituita dall'art. 129-bis c.p.p., rubricato appunto “Accesso ai programmi di giustizia riparativa”³⁹.

La diffusione delle pratiche di giustizia riparativa, infatti, da sempre porta con sé l'annoso problema rappresentato da una necessaria e attenta opera di selezione dei reati cui la mediazione e/o gli altri programmi di giustizia riparativa possono astrattamente essere applicati; tendenzialmente, nei diversi contesti ordinamentali il legislatore si disinteressa di questa operazione e più spesso essa risulta il frutto della prassi degli operatori di *law enforcement*, che tendono ad escludere dall'ambito della mediazione reati considerati incompatibili per ragioni strutturali (come i reati senza vittima) o, ben più pericolosamente, per ragioni politico-criminali: le agenzie di *law enforcement*, in altri termini, tendono ad interpretare la percezione diffusa di inaccettabilità da parte dei consociati di un trattamento immeritamento di favore per alcuni reati, come quelli sorretti dalla finalità di terrorismo, o di criminalità organizzata.

L'attribuzione all'autorità giudiziaria del compito di “filtro” per i casi da assegnare al sotto-sistema di giustizia riparativa, oltre a confermare la già dichiarata logica di complementarità tra i due sistemi, rappresenta un *trait d'union* in una prospettiva comparatistica, con altri ordinamenti europei.

In quasi tutti i Paesi europei l'autorità che instaura il processo riparativo – nella maggior parte dei casi la mediazione – è quella giudiziaria, come accade in Austria, Germania, Belgio, Finlandia, Francia, Spagna, Lussemburgo, Norvegia, Polonia, Svezia e Olanda⁴⁰. Il che appare alquanto scontato, sol considerando che il “caso”, prima di assurgere ad oggetto del procedimento riparativo, attiene ad un reato o, quanto meno, ad una potenziale *notitia criminis*, il che implica inevitabilmente in uno Stato di diritto il coinvolgimento, a vario titolo, dell'autorità giudiziaria⁴¹.

³⁹ La norma citata trova riscontro altresì nella fase esecutiva del processo

⁴⁰ M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Restorative Justice (Giustizia riparativa)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. V, Torino, 2010, 423 ss.

⁴¹ In merito alla necessità o meno per il Pubblico Ministero di esercitare il potere *ex art. 129-bis c.p.p.* nel contraddittorio tra le parti, cfr. M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della](#)

Ciò premesso, dalla disamina del complesso normativo di riferimento emergono dei criteri orientativi per il Giudice chiamato ad effettuare la complessa valutazione di “pre-fattibilità” del programma riparativo.

In primo luogo, occorre sottolineare – come già anticipato – che il legislatore delegato, mutuando dalla letteratura internazionale formatasi sul punto, muove da un generale principio di libera accessibilità ai programmi riparativi (art. 44 co. 1, d. lgs. n. 150/2022), senza preclusioni legate alla fattispecie (astratta) di reato ed alla sua gravità (“L’accesso ai programmi di giustizia riparativa è sempre favorito, senza discriminazioni e nel rispetto della dignità di ogni persona” art. 43 co. 4, d. lgs. n. 150/2022).

Sebbene sia sicuramente ragionevole presumere che gli strumenti riparativi siano immediatamente più efficaci per i delinquenti primari o i cosiddetti rei virtuosi, se non altro per i minori effetti desocializzanti correlati a tali strumenti, il dato normativo non consente di escludere determinati soggetti *ipso jure* dalla possibile applicazione di istituti riparativi, traducendosi, ciò, non solo in una palese violazione del principio poc’anzi richiamato, ma altresì in un più generale depotenziamento dell’ambito applicativo della giustizia riparativa di fronte alla creazione di ingiustificati “doppi binari”, che escludano i casi più gravi, le cui vittime, al contrario, possono essere proprio quelle che necessitano maggiormente di un approccio riparativo⁴².

L’art. 129-*bis* c.p.p. stabilisce, tra i criteri che devono orientare l’autorità giudiziaria nella valutazione dei casi da inviare in mediazione, quello secondo il quale “il programma di giustizia riparativa possa essere utile alle risoluzioni delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede”.

La norma appare di difficile ricaduta concreta, se interpretata alla luce della già evidenziata incapacità accertativa dei programmi di giustizia riparativa, e tenuto altresì conto della dichiarata visione *process-based* del concetto, sposata dal legislatore delegato e incentrata sull’elemento procedurale anziché sull’esito del programma.

Maggiormente dotato di efficacia precettiva è il secondo criterio orientativo fornito dall’art. 129-*bis* c.p.p., secondo il quale il programma di giustizia riparativa non deve comportare “un pericolo concreto per gli interessati e per l’accertamento dei fatti”.

Tale principio – assurgente a vera e propria clausola generale nel sistema, come confermato altresì dal rimando normativo di cui all’art. 43 co. 4, ult. periodo, secondo cui l’accesso ai programmi riparativi può essere limitato “soltanto in caso di pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma” – conserva in capo all’autorità giudiziaria, e con essa allo Stato, una funzione di argine contro i potenziali “effetti collaterali” della giustizia riparativa, ben noti alla dottrina internazionale⁴³, non da ultimo quelli connessi ai rischi di vittimizzazione secondaria.

[riforma Cartabia \(profili processuali\)](http://www.sistemapenale.it), in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, 18.

⁴² S. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. Ferrara – C. Pucciarelli – C. Troisi (a cura di), Avellino, 2006, 41 ss.

⁴³ P.H. ROBINSON, *The virtues of Restorative processes, the vices of “Restorative Justice”*, in *Utah Law Review*, 2003, 1, 375 ss.

Si tratta, con evidenza, di una formulazione volutamente ampia e generale, idonea a fornire all'autorità giudiziaria un vaglio di preliminare impraticabilità destinato a riempirsi di contenuto nel caso di specie, ma per tale motivo non scevro da critiche in ordine ad un'eccessiva discrezionalità nell'attività di selezione.

In chiave di prima interpretazione della norma, volta a darle una maggiore concretezza, appare evidente come l'invio da parte dell'autorità giudiziaria del caso in mediazione sia inconcepibile nel caso di indagati/imputati sottoposti a misure cautelari personali, per loro natura fondate su un "concreto e attuale pericolo" per l'acquisizione o la genuinità della prova, ovvero di fuga del presunto autore del reato, ovvero di una reiterazione di reati (cfr. art. 274 c.p.p.).

Appare, inoltre, difficilmente praticabile una soluzione improntata all'ideale di giustizia riparativa nell'ambito di relazioni di potere tra le parti non soltanto intrinsecamente squilibrate ma altresì caratterizzate, in concreto, per il forte rischio che i contatti tra la vittima del reato ed il presunto autore possano fungere da "cassa di risonanza" ovvero da elemento stabilizzante dello *status quo*, come nel caso delle violenze intrafamiliari, a prescindere dalla "veste giuridica" che tali comportamenti assumano nel singolo caso di specie.

I programmi di giustizia riparativa, al contrario, possono risultare ben più efficaci in settori di criminalità che nascondono una conflittualità permanente e latente, come accade nell'ambito delle relazioni tra soggetti destinati, per fattori contingenti, a condividere spazi e dimensioni relazionali (es. vicinato, ambienti lavorativi, scolastici), che necessitano, nella maggior parte dei casi, di riconoscimento dell'Altro e perimetrazione delle rispettive sfere giuridiche.

Tali criteri, come già affermato, non dovrebbe necessariamente confinare la giustizia riparativa ad un (invero oneroso sia dal punto di vista economico che umano, e pertanto sproporzionato) trattamento dei casi bagatellari.

La diffusione tra gli interpreti di una maggiore cultura "riparativa" e l'implementazione concreta dei programmi dovrebbe condurre alla valorizzazione di un vero e proprio "gradiente riparativo": in altri termini, il principio della libera accessibilità ai programmi di giustizia riparativa, in uno con la possibilità per gli stessi di avere luogo in ogni fase e stato del procedimento penale ed anche oltre, dovrebbe indurre gli interpreti, quanto meno in una prima fase di applicazione degli istituti non scevra da una certa logica di sperimentazione, a riservare l'utilizzo della giustizia riparativa nella fase esecutiva *lato sensu* intesa per "casi difficili", ovvero per quelle ipotesi concrete di reato particolarmente gravi in cui l'avvenuto accertamento giurisdizionale, in uno con il fisiologico lasso di tempo intercorso tra i fatti, può risultare favorevole alla corretta implementazione dei programmi riparativi.

Tale "gradiente riparativo" appare necessario per salvaguardare la possibilità di un accertamento formalizzato e processuale, funzionale all'esigenza di garantire un vaglio critico sulla sussistenza di quegli elementi fattuali che costituiscono una premessa necessaria affinché si possa parlare di riparazione del conflitto. Il riconoscimento della vittima, la determinazione del *quantum* e del *quomodo* delle condotte riparatorie come necessaria risposta ad un fatto già acclarato, di cui il soggetto è riconosciuto come responsabile, rappresenta un classico caso di "opposizione per contrarietà", in cui il

problema non è più quello di espungere argomenti contraddittori, quanto quello di sintetizzare i contrari. In questi casi la struttura logico-argomentativa del discorso non è quella della confutazione ma del dialogo cooperativo, e pertanto le forme di giustizia riparativa offrono strumenti sicuramente più adeguati rispetto a quelli della tradizionale fase di esecuzione della pena in senso lato.

Per converso, l'attivazione della giustizia riparativa nella fase *lato sensu* preliminare può risultare maggiormente utile nei "casi semplici", in cui l'assenza di accertamento e la minore gravità dei fatti può giustificare positivi effetti collaterali in termini di deflazione processuale – cui si lega la possibilità ex art. 129-*bis* co. 4 c.p.p. per il giudice, nel caso di reati procedibili a querela, di sospendere il processo in attesa dell'esito del programma riparativo – se non di vera e propria degiurisdizionalizzazione del conflitto.

Non da ultimo, nell'attività di filtro l'art. 129-*bis* c.p.p. delinea una nota modale nell'esplicazione del potere-dovere dell'autorità giudiziaria di selezionare i casi da trasmettere al sistema di giustizia riparativa.

Pur essendo espressamente previsto che tale invio si possa verificare "anche d'ufficio" – e, d'altronde, è significativa in tal senso altresì la scelta del legislatore per una novellazione dell'art. 129 c.p.p., unanimemente considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza una vera e propria regola di giudizio immanente nel sistema processuale per il giudicante – il giudice è chiamato in ogni caso a sentire le parti, i difensori nominati e, se ritenuto necessario, la vittima del reato, i quali tuttavia non hanno alcun potere di veto in tal senso.

Tale meccanismo di ascolto da parte dell'autorità giudiziaria deve essere inteso, come già chiarito, non quale sede per l'eventuale ricezione del consenso delle parti al programma di giustizia riparativa bensì, più propriamente, come vettore conoscitivo/deliberativo per l'autorità circa l'eventuale volontà delle parti all'invio, da un lato, e dall'altro come spazio nel quale eventualmente l'autorità può informare i soggetti coinvolti ai sensi dell'art. 47 del decreto legislativo citato dei diritti e delle possibilità loro riconosciute, nonché delle potenzialità della mediazione e della futura raccolta del consenso da parte del mediatore.

4.3. Il potere-dovere di valutazione del programma riparativo.

Il decreto legislativo riconosce, infine, all'autorità giudiziaria – ma, nello specifico, stante i crismi dell'attuale ordinamento, tale compito deve considerarsi appannaggio esclusivo del giudicante⁴⁴ – un ruolo nella valutazione dell'eventuale esito riparativo ed in ogni caso del programma, delineando una sorta di struttura circolare che prende avvio con l'informazione, percorre la fase di selezione e affido al sistema di giustizia riparativa, e ritorna all'autorità giudiziaria sottoforma di potere valutativo.

⁴⁴ Conformemente, cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte, p. 335.

Conformemente allo spirito della riforma, nonché più in generale ai dettami della giustizia riparativa, il decreto legislativo non introduce alcun automatismo nella valutazione giudiziale, eccezion fatta per l'art. 152 co. 2 c.p. come novellato, secondo il quale se il querelante ha partecipato ad un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo, la querela si intenderà rimessa, eventualmente subordinatamente all'adempimento dei possibili impegni comportamentali assunti dal querelato.

Eccezion fatta per la norma appena richiamata, evidentemente ispirata a ragioni di depenalizzazione in concreto e deflazione processuale, l'art. 58, d. lgs. n. 150/2022 stabilisce 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. La norma, dunque, si caratterizza per una totale generalità ("per le determinazioni di competenza" (...) "anche" ai fini di cui all'art. 133 c.p."), significando, dunque, che il giudice penale è tenuto a valutare il dato rappresentato dall'esperienza riparativa in ogni ambito in cui il sistema penale gli consente margini di discrezionalità e, dunque, di possibile applicazione di determinati istituti.

La norma – che trova un corrispondente anche nella fase esecutiva del trattamento sanzionatorio⁴⁵ – consente, dunque, al giudice di "vivificare" molti istituti già presenti nell'ordito normativo, attraverso una rilettura in senso riparativo degli stessi, sia nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore (esemplificativamente l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con esito riparativo, è elemento che deve essere valutato ai fini della concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 6 c.p., ovvero, qualora la pena inflitta non sia superiore a un anno e il colpevole abbia partecipato, prima della pronuncia della sentenza di primo grado a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di un anno anziché cinque ai sensi del novellato art. 163 co. 4 c.p.) sia in quelle testualmente non interpolate, ma aperte a potenziali risvolti riparativi nell'ambito di un rinnovato concetto di penalità (come nel caso del proscioglimento per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p., espressamente contemplante, dopo la riforma, altresì la condotta del reo – auspicabilmente, riparativa – successiva al reato come parametro di valutazione)⁴⁶.

A tal fine, appare opportuno soffermarsi sui contenuti che il mediatore è tenuto a consegnare all'autorità giudiziaria in quella che l'art. 57, d. lgs. n. 150/2022 definisce come una "relazione".

⁴⁵ L'art. 15-bis l. 354/1975 stabilisce, infatti, al comma 2 che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati dal magistrato di sorveglianza ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale. Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo.

⁴⁶ V. BOVE, [Diverse modalità sanzionatorie o modalità sanzionatorie diverse? \(ovvero, come rapportarsi ad una nuova, imminente, riforma\)](#), in *Arch. Pen. web*, n. 1 del 2022.

La norma stabilisce che il mediatore deve descrivere le attività svolte e l'esito riparativo raggiunto che, secondo il disposto dell'art. 56, può consistere in una riparazione simbolica (dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici e rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi) ovvero in una riparazione materiale, comprendente il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

Al netto del possibile (e solo eventuale) esito riparativo, l'art. 57 del decreto legislativo citato invero individua in capo al mediatore un onere di relazionare su indicatori di percorso piuttosto che di contenuto, comunicando, inoltre, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo.

Ne consegue, tuttavia, il rischio che la relazione del mediatore si tramuti in un "feedback vuoto" per l'autorità giudiziaria, già di per sé poco avvezza al linguaggio riparativo, ed in una conseguente neutralizzazione degli effetti, anche benefici ed eventualmente premiali, che lo svolgimento del programma riparativo potrebbe fornire alle parti, frutto di un dialogo tra autorità giudiziaria e mediatori connotato da una sostanziale incomunicabilità.

Fermo restando il potere delle parti di consentire la trasmissione al giudice di informazioni ulteriori (art. 57 co. 1 ultimo periodo), si rende dunque necessaria l'individuazione di indici oggettivi che, pur nel rispetto dell'autonomia del procedimento riparativo rispetto a quello penale, consentano al giudice di effettuare in concreto la sua verifica: esemplificativamente, possono considerarsi utili indici di valutazione quelli relativi al comportamento delle parti durante il programma riparativo (la frequenza e assiduità negli incontri, le modalità di relazione reciproca, l'esplicazione del "diritto di voce", l'integrazione del punto di vista dell'altro nel proprio resoconto fattuale ed emotivo) e, più in generale, la congruità rispetto ai criteri teleologici di riferimento, enucleati dall'art. 43 co. 2, d. lgs. n. 150/2022, rappresentati dal "riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità".

In un'ottica pragmatica, la materializzazione del programma riparativo in un esito renderà più agevole il compito di valutazione del giudicante, a maggior ragione nei casi in cui la riparazione assume connotazioni materiali e risarcitorie, eventualmente non solo attraverso compensazioni pecuniarie ma anche in forma specifica ex art. 2058 c.c., modalità di risarcimento non scevra da una pregnanza personalistica e "riparativa"⁴⁷.

Di contrario, risulta evidente come l'esito negativo del programma di giustizia riparativa si tradurrà in concreto in una manifestazione di non-congruità rispetto ai suddetti criteri normativi di riferimento: sul punto, l'art. 58 co. 2, d. lgs. n. 150/2022 introduce una vera e propria norma di sbarramento, sancendo che "in ogni caso, la

⁴⁷ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.

mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa".

Tale norma, di immediata comprensione pratica nella sua accezione minima, in base alla quale i risvolti negativi del programma di giustizia riparativa non possono ridondare a svantaggio del reo, aggravando il suo trattamento sanzionatorio complessivamente inteso, comporterà dei dubbi per gli interpreti in ordine ad una sua interpretazione eventualmente estensiva in merito all'applicazione di istituti premiali, come la sospensione condizionale della pena, o la sospensione del procedimento con messa alla prova che il giudice, proprio alla luce di una relazione *ex art. 57, n. d. lgs. 150/2022*, potrebbe motivatamente negare.

Una lettura così ampia della norma, che includa nel "divieto di effetti sfavorevoli" anche la non ostatività al riconoscimento di eventuali istituti premiali – come tali, non costituenti un diritto assoluto per l'imputato – sembra francamente un fuor d'opera, che tradisce la filosofia individualizzante del trattamento sanzionatorio condensata nei principi costituzionali e, per giunta, rischia di allontanare oltremodo gli operatori del diritto da una concreta e diffusa applicazione della giustizia riparativa, a maggior ragione nei casi di maggiore gravità.

5. Conclusioni.

Dalla breve e sintetica disamina del tessuto normativo delineato dal d. lgs. n. 150/2022 emerge con nettezza un ruolo del giudice che, in una concezione costituzionalmente compatibile di giustizia riparativa, non è chiamato ad esercitare un potere autoreferenziale rispetto al conflitto sotteso al reato e all'eventuale esito riparativo, che prescinda dalla volontà e dal ruolo delle parti: l'ordinamento attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di dare uno spazio riparativo alle parti in causa, in cui le stesse possano acquisire voce e consapevolezza.

Tale potere – che trova un limite invalicabile nella tutela pubblicistica degli interessi in gioco contro concreti pericoli per i soggetti coinvolti, di cui l'autorità giudiziaria resta irrinunciabile presidio nel sistema di giustizia riparativa delineato dal d. lgs. n. 150/2022 – è finalizzato all'incorporazione della gestione partecipata del conflitto in una decisione giudiziaria che, da un lato, non è estranea alle parti e non è percepita come tale, ma dall'altro non si risolve in un puro compromesso di stampo privatistico: in altri termini, in una decisione giudiziaria "più giusta".

Affinché ciò si realizzi, giudici e pubblici ministeri saranno chiamati ad un'attenta e ponderata riparametrazione della loro funzione, scevra da paternalismi, ma al tempo stessa attenta alle possibili esternalità negative dei programmi di giustizia riparativa.

Il dovere di informazione, il potere di selezione e la successiva valutazione dovranno essere implementati con un atteggiamento interpretativo sufficientemente "liberale" ma non fideistico, che dia spazio alle parti ed ai mediatori in una diversa e rinnovata gestione del conflitto.

Tale atteggiamento interpretativo, inoltre, dovrà ben presto travalicare il sistema di giustizia riparativa attraverso meccanismi di vera e propria “ibridazione riparativa”, positiva eredita del modello *outcome-based* di giustizia riparativa.

Ferma restando la valutazione prioritaria di programmi di giustizia riparativa, quali strumenti principali, laddove possibile, per risolvere la conflittualità sottesa ai reati, nel caso in cui questi, per qualsivoglia ragione, non siano realizzabili, l’intervento penale dovrà comunque mantenere opzioni parzialmente riparative, ancorché coercitive e sanzionatorie⁴⁸. Solo in via ulteriormente subordinata legittime esigenze general-preventive e special-preventive renderanno inevitabile la scelta di un trattamento punitivo tradizionale limitativo della libertà personale dell’individuo.

⁴⁸ Tale logica non è estranea al complessivo *corpus* della Riforma Cartabia, che ha potenziato enormemente il settore delle pene sostitutive e, più in generale, dei meccanismi alternativi alla pena, come la sospensione del procedimento con messa alla prova e la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Cfr., E. DOLCINI, [Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in questa *Rivista*, 10 agosto 2022; F. PICCIONI, *La Riforma Cartabia del sistema sanzionatorio penale*, Napoli, 2013.