

COMPLEMENTARITÀ, INNESTO E RIENTRO NELLA DISCIPLINA DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA (*)

Ovvero una replica alle critiche mosse alla giustizia riparativa

di Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1. La giustizia riparativa tra entusiasmo e diffidenza. – 1.1. Le ragioni dell’entusiasmo. – 1.2. Le ragioni della diffidenza. – 2. Le obiezioni alla giustizia riparativa: un quadro di sintesi. – 3. Le obiezioni alla giustizia riparativa come paradigma di giustizia. – 3.1. Le obiezioni strutturali. – 4. Le obiezioni al modello della complementarità adottato dalla riforma Cartabia. – 4.1. Le varianti del modello complementare: sostitutivo, attenuante, esecutivo. – 4.2. I problemi posti dal modello complementare sostitutivo. – 4.3. I problemi posti dal modello complementare attenuante. – 4.4. I problemi posti dal modello complementare esecutivo. – 5. Le obiezioni alla disciplina. – 5.1. I problemi posti dalla disciplina dell’innesto e del rientro. – 5.1.1. I problemi dell’innesto. – 5.1.2. I problemi del rientro. – 5.2. Il ruolo attribuito all’avvocatura nella definizione degli accordi relativi all’esito materiale. – 6. Due conclusioni.

1. La giustizia riparativa tra entusiasmo e diffidenza.

Può sembrare un paradosso che la giustizia riparativa, ancor prima di entrare in funzione, abbia suscitato reazioni decisamente divergenti, se non addirittura contrastanti. Da un lato, soprattutto in certi ambiti della società civile vicini al terzo settore o comunque al mondo del volontariato, si è destata una grande attenzione, accompagnata a volte da un energico entusiasmo. Dall’altro lato, nella gran parte della politica, dei media e degli operatori del diritto (magistratura, avvocatura e una fetta della scienza penalistica) si è generata invece una diffidenza che in talune circostanze è trasmodata in autentica avversità.

Perché? A me pare che entrambe le reazioni, pur così opposte, derivino da un fattore comune, e cioè dal carattere dirompente e alternativo, per certi aspetti rivoluzionario, della giustizia riparativa e dalla circostanza che questo fattore comune vada a toccare alcuni punti nevralgici delle due prospettive dalle quali si guarda la giustizia riparativa.

Che la giustizia riparativa sia altra da quella punitiva non v’è alcun dubbio. Una giustizia, quella riparativa, che non esito a definire dell’inclusione, della fiducia e della speranza, ispirata a una visione di fondo di sostanziale fratellanza, in netta

(*) Si tratta del testo della relazione svolta al Convegno *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, tenutosi presso l’Università di Trento il 20 e 21 settembre 2024, i cui Atti sono in corso di pubblicazione a cura di A. Menghini ed E. Mattevi.

contrapposizione a quella punitiva, che invece si può definire dell'esclusione, della sfiducia e della disperazione, diretta a marcare e incrementare divisione e conflittualità. È sufficiente soffermarsi su alcuni degli aspetti più significativi che contraddistinguono i due paradigmi, per rendersi conto di quanto la giustizia riparativa sia altra e alta rispetto a quella punitiva.

Mentre il punitivo si basa sulla violenza, per cui a quella dell'illecito si risponde con quella della pena, l'esito della giustizia riparativa non è mai violento. Di più, come vedremo meglio in seguito, tutti gli ambiti del diritto, e quindi potremmo dire il diritto *tout court*, compreso ad es. il diritto civile (si pensi all'esecuzione forzata), non possono non chiudersi con la coercizione e quindi con la violenza; diversamente, tutti i passaggi della giustizia riparativa, dal suo inizio al suo epilogo, sono caratterizzati da volontarietà, se non addirittura spontaneità, tant'è vero che l'inottemperanza agli adempimenti assunti non attiva alcuna forza per costringere a onorarli, determinando "semplicemente" il fallimento del percorso riparativo.

Conseguentemente, mentre il punitivo mantiene in sé una componente vendicativa per cui al male dell'illecito deve corrispondere il male della pena (si potrebbe parlare di vendetta non sulla base di chi gestisce la violenza, ma di vendetta in quanto violenza, e quindi di vendetta/violenza pubblica o privata); la giustizia riparativa, disinnescando la violenza, disattiva anche questa necessaria corrispondenza e, se non si può giungere ad affermare che al male deve corrispondere il bene, si può senz'altro ritenere che al male si può anche rispondere con poco (o punto) male, con mezzi cioè che nella sostanza sono e fanno meno male possibile.

Mentre il punitivo, concentrandosi sul fatto, sia sul piano valutativo del disvalore, sia su quello processuale del suo accertamento, accantona la persona offesa e tende a trascurare l'autore o, quanto meno, scinde con nettezza tra una fase priva di persona (minaccia e accertamento) e una fase con la persona sulla quale si scarica la violenza (irrogazione ed esecuzione); la giustizia riparativa, ponendo al centro del percorso riparativo direttamente la persona indicata come autore del fatto e la persona indicata come offesa, sposta la sua attenzione dal fatto per concentrarsi interamente sulla dimensione personale e interrelazione. Di più, l'autentico percorso riparativo dovrebbe giungere a un punto di incontro per determinare un riconoscimento reciproco e quindi la giustizia riparativa può porre al centro addirittura le ragioni del conflitto, se non addirittura il dolore esistenziale generante il reato o da esso scaturente.

Mentre il punitivo si istituzionalizza, governato dai poteri in cui si struttura e si articola lo Stato; la giustizia riparativa si deistituzionalizza, facendosi confronto dialogico interindividuale, non privatistico, ma sociale e comunitario.

Per noi giuristi: mentre il punitivo è normativismo, vale a dire norma generale e astratta, nonché regola e disciplina e quindi formalismo, vale a dire aridità e distanza, la giustizia riparativa si fa sostanziale e concreta, relazione viva, riportando a quel concetto di "esperienza giuridica" di capogrossiana memoria.

Mentre il punitivo si basa sulla paura e sulla diffidenza nei confronti dell'altro, e quindi su quei germi dai quali può scaturire la disperazione e l'odio; la giustizia riparativa si basa sulla fiducia e sulla speranza, che se non generano necessariamente amore, generano comunque sentimenti di compassione e condivisione.

Insomma, la giustizia punitiva, che in quanto basata sulla violenza si presta a straordinarie strumentalizzazioni da parte del potere pubblico, è una giustizia intrinsecamente e strutturalmente disumanizzante e spersonalizzante, tant'è vero che la cultura giuridica da sempre si è sforzata di elaborare diritti e principi che siano in grado di limitarla al fine di garantire le persone; la giustizia riparativa invece è una giustizia che pone al centro la persona, non solo di colui che è indicato come l'autore, ma anche di chi si ritiene persona offesa, una giustizia intrinsecamente e strutturalmente più umana e personalistica.

1.1. Le ragioni dell'entusiasmo.

Ebbene, le ragioni dell'entusiasmo espresso da alcuni settori della società civile nei confronti della giustizia riparativa muovono proprio dalla consapevolezza dei limiti della giustizia punitiva e dei benefici offerti da quella riparativa. Ed infatti, poiché il sistema punitivo, soprattutto quello odierno ancora carcere-centrico, è un sistema così intrinsecamente disumano da conservare in sé un altrettanto intrinseca componente di ingiustizia, nella giustizia riparativa non violenta si vede una grande opportunità di umanizzare e completare questo nostro sistema punitivo così alquanto malandato.

A ben vedere, problematici non sono soltanto il sovraffollamento carcerario, le condizioni fatiscenti in cui versano le nostre carceri, la disperazione e l'illegalità che in esse impera; problematica è l'idea di fondo di un sistema che basandosi necessariamente sulla violenza risulta strutturalmente disumanizzante per chi la subisce (il reo), per chi la pratica (lo Stato e in particolare le forze di sicurezza e la polizia penitenziaria) e per chi la vede applicare (la società), inoculando all'interno della comunità quello stesso germe di "male" che nella sostanza si vorrebbe contrastare. Insomma, esiste una linea che unisce violenza, spersonalizzazione e ingiustizia e una volta che si disinnesci la violenza, il sistema non può che tendere a farsi più umano e quindi più giusto.

Certo, come vedremo, la giustizia punitiva basata sulla violenza è una giustizia indispensabile, di cui una società non può fare a meno, ma è anche una giustizia che, anche là dove non si prestasse alle strumentalizzazioni della politica, risulterebbe comunque incompleta, perché esercitata più per la generalità che per i diretti interessati e che quindi ha in sé componenti di strumentalizzazione e ingiustizia, lasciando sempre l'amaro in bocca e alla fine insoddisfatti, tutti, da coloro che la esercitano a coloro che sono i protagonisti della vicenda criminosa. Da qui l'entusiasmo per un qualcosa che, essendo altro da tutto questo, è in grado di valorizzare proprio ciò che manca alla giustizia punitiva: la centralità della persona che viene esaltata proprio nel momento in cui è destinata a non subire violenza.

1.2. Le ragioni della diffidenza.

Le ragioni della diffidenza, che talvolta si trasforma in vera avversità, si presentano più articolate, variando a seconda del settore che la esprimono. Sul fronte

politico e massmediatico, in una fase storica di imperante populismo orientato a strumentalizzare pesantemente la violenza e la conflittualità per fomentare paura e insicurezza e acquisire consensi (e con l'intento ultimo di non risolvere i problemi poiché altrimenti si perderebbe lo strumento del consenso), la giustizia riparativa costituisce una sorta di controultura alla quale non deve essere concesso alcuno spazio. Non è un caso che, nonostante la legge che la disciplina sia entrata in vigore da più di due anni, ad oggi la giustizia riparativa non sia ancora funzionante a causa di inerzie e rallentamenti da parte del Ministero della giustizia.

Più complesse le ragioni degli operatori del diritto e della scienza giuridica. La magistratura ci avverte un qualcosa di distonico, che non essendo normativo e valutativo, sfugge alle categorie tradizionali della dimensione giuridica. L'avvocatura e la scienza giuridica, invece, temono soprattutto per le garanzie che possono essere compromesse da un'eccessiva valorizzazione del ruolo della persona offesa, vedendo quindi nella giustizia riparativa l'espressione di un pericoloso paradigma vittimario.

D'altra parte, a ben vedere, al di là di queste varianti, c'è un aspetto di fondo che accomuna tutti coloro che esprimono diffidenza. Per le caratteristiche che abbiamo messo in evidenza, il punitivo è legato a doppio filo al potere: se al cuore del punitivo sta la violenza, la gestione della violenza è necessariamente potere, direi il più forte dei poteri, il potere per eccellenza; diversamente, la giustizia riparativa finisce per esprimere un antipotere, se non addirittura un concetto riconducibile al non potere, potremmo dire all'impolitico, a una dinamica sociale priva del potere al quale tende il politico. Ecco che il potere è difficile da mollare, soprattutto quando il suo allentamento deriva dall'introduzione di un qualcosa che risulta talmente distonico da tendere a disattivarlo.

Ciò vale senz'altro per la politica e i massmedia, come anche per la magistratura. Ma vale anche per l'avvocatura e la scienza giuridica. Certo, avvocatura e scienza giuridica operano da sempre per limitare la violenza e quindi il potere, ma proprio perché operano per limitare violenza e potere sono comunque connesse alla violenza e al potere e quindi dipendono da essi, con la conseguenza che se venisse a mancare la violenza, verrebbe meno lo stesso potere che "contrastano", perdendo così la loro ragion d'essere. Ed infatti, come accennato e come vedremo meglio in seguito, una delle critiche specifiche mosse dall'avvocatura e dalla scienza giuridica alla giustizia riparativa consiste nel rischio di compromettere le garanzie. D'altra parte, a ben vedere, se la giustizia riparativa comporta una riduzione delle garanzie non è perché si colloca dalla parte del potere, ma al contrario perché si basa su una riduzione della violenza, con la conseguenza che la giustizia riparativa non mina le garanzie, ma mina la violenza e il potere, rispetto ai quali operano le garanzie. Ecco che, paradossalmente e forse inconsapevolmente, l'avvocatura e la scienza giuridica che nel rapportarsi alla giustizia riparativa restano attaccate alle garanzie, restano attaccate alla violenza e alle logiche del potere. Torneremo sul punto.

2. Le obiezioni alla giustizia riparativa: un quadro di sintesi.

Nell'affrontare il tema che mi è stato assegnato, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa, vorrei muovere proprio dalle diffidenze/avversità espresse nei confronti della giustizia riparativa.

A me pare che tali critiche si possano raggruppare in tre tipologie. Anzitutto, vi sono critiche rivolte alla giustizia riparativa nel suo essere paradigma di giustizia che, come accennato, si contrappone alla giustizia punitiva. In secondo luogo, vi sono critiche mosse nei confronti del modello di rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa al quale si è ispirata la riforma Cartabia, in particolare al modello c.d. complementare che intreccia e interseca la giustizia riparativa con quella punitiva. Infine, vi sono critiche espresse alla disciplina di dettaglio, alla formulazione delle norme che disciplinano la giustizia riparativa, insomma al testo di alcune disposizioni previste dal d.lgs. n. 150/2022.

3. Le obiezioni alla giustizia riparativa come paradigma di giustizia.

Iniziando dalle critiche mosse alla giustizia riparativa come paradigma di giustizia, da un lato, alcune di queste critiche, mi si perdoni, sembrano essere il frutto di una logica meramente strumentale, se non addirittura di veri e propri pregiudizi; dall'altro lato, vi sono invece critiche profondissime che meritano la massima attenzione.

Sotto il primo profilo connotato da pregiudizi, anzitutto, si ritiene che il sistema sarebbe inficiato da un calcolo non solo utilitaristico, ma biecamente opportunistico, ragion per cui soprattutto la persona indicata come autore del fatto sarebbe mossa a intraprendere il percorso riparativo e ad aderire alle proposte della persona indicata come offesa dal reato, dal solo obiettivo di ottenere benefici connessi all'esito positivo. Una critica, mi si perdoni ancora, destinata a tradire una certa malafede, perché non si comprende per quale ragione la giustizia riparativa dovrebbe essere intonsa da calcoli utilitaristici/opportunistici, quando oltretutto l'intero sistema punitivo è infarcito di una serie di istituti che senz'altro si basano su calcoli utilitaristici. Ed infatti, non solo calcoli utilitaristici possono caratterizzare anche la giustizia riparativa, ma il vero punto è che mentre il confronto diretto tra i protagonisti della vicenda criminosa può sventare le mere strumentalizzazioni, è piuttosto l'utilitarismo che contraddistingue l'adesione ai percorsi riabilitativi punitivi che può essere schermato da invincibili finzioni. Aspetto quest'ultimo che, peraltro, non ci deve scandalizzare, se non vogliamo appunto che il sistema della giustizia punitiva diventi uno strumento per scandagliare l'animo umano, ma che ha un prezzo altissimo per la persona che è costretta a subire questo meccanismo di finzione, dissociazione e quindi spersonalizzazione.

In secondo luogo, si ritiene che la giustizia riparativa richiederebbe una sorta di emenda dalla quale scaturisce il pentimento oppure si baserebbe su una richiesta di perdono da soddisfare con la conseguente elargizione. Tuttavia, emenda, pentimento, perdono sono tutti concetti strutturalmente estranei alla giustizia riparativa. Al contrario, soprattutto l'emenda e il pentimento sono consentanei più alla giustizia

punitiva che a quella riparativa, perché, a ben vedere, connessi al carattere violento della pena e alla sua capacità di suscitare dolore al pari di quello realizzato mediante il reato.

Infine, si sostiene che la giustizia riparativa sarebbe una giustizia punitiva “mascherata”, dove la persona indicata come autore del reato sarebbe sottoposto a un giudizio da parte di un tribunale popolare. Un’obiezione che mi pare non meriti considerazione, tanto è il frutto di quel pregiudizio che preclude di vedere e conoscere la realtà.

Al di là delle singole repliche che si possono avanzare nei confronti di ciascuna critica, v’è un aspetto contraddittorio che le accomuna e che merita attenzione. Tutte queste obiezioni si basano su uno spostamento su sfere “interiori” che sono del tutto estranee alla giustizia riparativa e non si capisce perché dovrebbero essere ad essa strutturali. Certo, movimenti interiori possono esserci, ma non sono l’obiettivo del meccanismo riparativo, così come non lo sono di quello punitivo. Insomma, l’impressione di fondo che si ha è che, da un lato, si introducono nella giustizia riparativa elementi che non gli appartengono e poi, dall’altro lato, la critica si appunta proprio su questi elementi.

Ancora più a fondo, a me pare che alla base di queste obiezioni vi siano due convinzioni. La prima è, ancora una volta, connessa alla violenza. Muovendo dall’idea di una giustizia che si esaurisce in quella punitiva, necessariamente basata sulla violenza, e che quindi incide concretamente sul corpo e sulla mente del destinatario, la giustizia riparativa, in quanto non violenta, dovrebbe essere necessariamente “spirituale”, inoltrandosi nell’animo delle persone. Tuttavia, a ben vedere, la dimensione spirituale può appartenere sia al sistema punitivo che alla giustizia riparativa, così come può essere estranea ad entrambi questi paradigmi: insomma, come il dolore prodotto dalla violenza può avere anche un effetto espiativo o di “comprensione” del male compiuto, come no, così la giustizia riparativa può aprire a percorsi di respiscenza, come no. Certo è che in uno Stato laico come il nostro, a entrambe queste forme di giustizia la dimensione interiore non interessa.

In secondo luogo, le critiche che abbiamo visto sembrano basarsi anche sull’idea illuministica secondo la quale delle vicende criminose si deve occupare necessariamente un terzo, lo Stato, al fine di salvaguardare, da una prospettiva liberale, l’interiorità della persona. Tuttavia, ribadito che anche lo Stato, proprio perché opera da una posizione di superiorità, può sempre e comunque orientarsi a penetrare la dimensione interiore (si pensi ai rischi di strumentalizzazione derivanti dal concetto di rieducazione), questa prospettiva muove dall’identificazione di una giustizia “a due” diversa da quella esercitata dallo Stato, necessariamente connotata da dinamiche intimistiche e confessorie, quando invece non è detto che sia così. Anche perché la giustizia riparativa è una giustizia che nel collocare i protagonisti della vicenda criminosa su un piano relazionale, pone tali soggetti sullo stesso piano, inducendo verso un riconoscimento reciproco, per cui la vittima non vede più nella persona dell’autore soltanto l’autore, così come l’autore inizia a vedere nella vittima quella persona che prima non vedeva, cecità che gli ha permesso di aggredirla.

Infine, mi sia consentito mettere in evidenza una contraddizione finale. Da un lato, si critica pesantemente la giustizia riparativa perché a rischio di valutazioni

confessionali e moraleggianti, ma dall'altro lato non si dice una parola su quanto il sistema punitivo sia intriso di irrazionalismo emotivo e moralismo formale, orientato quindi a un eccesso punitivo che va ben oltre lo stesso concetto di vendetta, per giungere a quello di capro espiatorio: una realtà sotto gli occhi di tutti soprattutto a seguito di una strabordante manifestazione massmediatica.

3.1. Le obiezioni strutturali.

Molte altre critiche vanno a toccare snodi nevralgici. Da un punto di vista antropologico, si obietta che nella giustizia riparativa il destinatario del diritto sia concepito come essere necessariamente relazionale, quando in realtà, sempre in una prospettiva liberale e quindi garantista, sarebbe più opportuno muovere da una concezione individualistica dove la persona può essere completamente refrattaria a un confronto con l'altro.

Punto davvero centrale. A me pare che questa critica muova da una prospettiva che continua a concepire l'uomo in termini di individuo, prospettiva liberale, più che condivisibile, ma per certi aspetti un po' limitata, là dove l'individuo si connota per il suo carattere conchiuso, se non addirittura per un certo isolamento, quando invece l'uomo è essere necessariamente sociale e quindi relazionale. Concezione fondamentale per fare scudo contro ingerenze statali, soprattutto quando le conseguenze dell'azione dell'individuo sono destinate a produrre conseguenze solo su se stesso. Ma si tratta di una visione che nel mettere il consociato direttamente in rapporto con lo Stato, preclude una visione dello stesso calato dentro la società.

A questa concezione si può aggiungere quella personalistica. Il concetto di persona non solo mantiene salve le garanzie liberali, forse addirittura implementandole, ma soprattutto salvaguarda anche una dimensione relazionale e quindi solidaristica con importanti implicazioni a livello sociale nonché statale. Ed infatti, muovendo dalla persona, questo solidarismo non significa imposizione a confrontarsi, ma piuttosto sostegno da parte dello Stato. Anzi, questa dimensione solidaristico-relazionale gioca in termini non solo positivi, ma addirittura attivi, sia sul piano sociale che su quello statale, per cui Stato e società si adoperano per eliminare gli ostacoli che impediscono la piena espressione umana. Con l'ulteriore conseguenza che in una visione fortemente personalistica è il diritto punitivo ad entrare in crisi, proprio perché il punire crea ostacoli allo sviluppo della persona, mentre questa prospettiva personalistica contribuisce a fondare la giustizia riparativa. La centralità della persona nella sua relazionalità, priva di connotati costrittivi e impositivi, consente un pieno sviluppo della stessa.

Ed ancora, si ritiene che la giustizia riparativa sia incompatibile con la rieducazione che sta alla base del nostro sistema di giustizia. Sul punto occorre evitare inutili fraintendimenti. Se per rieducazione s'intende la prevenzione speciale tradizionale, non per nulla esplicitata dalla pena, non solo c'è alterità, ma occorre anche massima cautela anche nel fare integrare la prevenzione speciale con la giustizia riparativa, proprio perché una giustizia riparativa che si inserisce nella prevenzione

speciale si presta a rischi di strumentalizzazione insiti in quest'ultima. Torneremo sul punto. Piuttosto, a contatto con la giustizia riparativa, lo stesso concetto di rieducazione di cui all'art. 27.3 Cost. si trasforma in una prospettiva relazionale di responsabilizzazione e di apertura all'altro ovvero di assunzione, attraverso il confronto con l'altro, della piena responsabilità delle proprie azioni. Il vero problema sarebbe ancora una volta l'eventuale imposizione del confronto, che tuttavia è assente.

Ed ancora, la giustizia riparativa si baserebbe su un paradigma vittimario che pone al centro la vittima a scapito dell'autore. Anche su questo punto occorre molta chiarezza. Il paradigma vittimario esiste ed è pericolosissimo. È quello che appartiene alla politica e ai massmedia disposti a strumentalizzare la vittima al solo fine di incrementare paura e rancore e quindi la violenza pubblica. Ma la giustizia riparativa non ha nulla a che vedere con questo paradigma. L'idea che la giustizia riparativa si ispiri al paradigma vittimario nasce da una visione della giustizia riparativa che pone al centro solo la persona offesa dal reato, e se è vero che una parte dei sostenitori della giustizia riparativa si muove in questa prospettiva, tuttavia, è anche vero che l'autentica giustizia riparativa si basa su un percorso che colloca i due protagonisti della vicenda criminosa su una posizione relazionale di sostanziale parità.

Alla critica basata sul paradigma vittimario si affianca quella della diminuzione delle garanzie. Nel formulare questa critica, come abbiamo accennato all'inizio, non ci si rende conto che l'eventuale abbassamento delle garanzie è dovuto all'abbassamento della violenza. Le garanzie nascono per contenere la violenza, ma è del tutto evidente che se la violenza diminuisce, ben possono attenuarsi anche le garanzie. Con la conseguenza paradossale che nel momento in cui si resta legati alle garanzie, si resta legati anche alla violenza. Ma la vera garanzia è proprio la diminuzione della violenza. Insomma, da un lato, si muove da prospettive garantiste e di limitazione del potere punitivo, afflizione compresa, ma dall'altro lato, ci si scaglia contro la giustizia riparativa come se contestasse le garanzie, quando invece ciò che mette in crisi è la violenza e l'afflittività, con conseguente possibile e plausibile attenuazione delle garanzie.

Infine, si ritiene che la giustizia riparativa determinerebbe una privatizzazione della giustizia. Se con tale espressione si vuole intendere che la scala dei valori è rimessa interamente nelle mani dei privati, occorre rilevare che la giustizia riparativa si inserisce in una dimensione valoriale predefinita che non consente alcuna alterazione o sovversione: insomma, la giustizia riparativa non è un percorso per alterare la scala dei valori e invertire chi ha ragione e chi torto. Parimenti, se con l'espressione privatizzazione s'intende che la giustizia riparativa è una realtà aperta a qualsiasi trattativa prestazionale, occorre evidenziare che la giustizia riparativa, ancora una volta, non comporta alcuna privatizzazione della giustizia, perché ciò fa parte del paradigma riparatorio, non di quello riparativo. Insomma, oltre a distinguere nettamente tra punitivo e riparativo si deve distinguere anche tra riparatorio e riparativo, dovendosi osservare come la differenza tra questi ultimi due paradigmi sta non solo nella mancanza di violenza che contraddistingue il riparativo, ma anche nella circostanza che l'esito finale della giustizia riparativa non si esaurisce in condotte riparatorie "oggettive" economicamente valutabili, ma piuttosto in quel punto di incontro relazionale che costituisce il vero e proprio *quid pluris*.

D'altra parte, ancora una volta, al di là delle repliche che si possono muovere a ciascuna obiezione, a me interessa compiere due riflessioni a carattere generale che le riguardano tutte.

Anzitutto, si tratta di critiche che muovono dalle categorie penalistiche, che guardano alla giustizia riparativa con le lenti della giustizia punitiva. Così come per secoli si è guardato alla giustizia punitiva degli enti con gli occhi del diritto penale forgiato per gli uomini, affermando che non si poteva punire l'ente, così oggi si guarda alla giustizia riparativa con le lenti della giustizia punitiva affermando che si tratta di un paradigma implausibile. Ebbene, è del tutto evidente che se si continua a guardare alla giustizia riparativa con le lenti della giustizia punitiva non si sarà mai in grado di accoglierla e accettarla e la cifra fondamentale della giustizia riparativa è la "non violenza", così come la cifra fondamentale della giustizia punitiva è la violenza.

In secondo luogo, una volta dismesse le lenti punitive e della violenza, appare evidente come la giustizia riparativa si ispiri al più alto personalismo/costituzionalismo. A ben vedere, infatti, noi abbiamo due personalismi/costituzionalismi. Da un lato, un personalismo/costituzionalismo come limite, come tutela, come garanzia, nella sostanza concepito in negativo, come contenimento della violenza dello Stato, necessaria, ma che tende sempre a farsi prevaricatrice. In questa prospettiva il concetto di persona si colloca sulla scia di individuo e potenzia la logica "de-etichettante" non in una prospettiva di eguaglianza generale ed astratta, ma addirittura – paradossalmente – di massima concretezza, in termini cioè di unicità e irripetibilità, costringendo a guardare il volto e negli occhi la persona che ci sta di fronte. Tale prospettiva rinnova le stesse garanzie, perché consente di elaborarle spostandole da problematiche di rapporto tra i poteri dello Stato a problematiche di rapporto tra Stato con i suoi poteri e persona, offrendo spunto per una vera e propria riconfigurazione della stessa giustizia punitiva. Dall'altro lato, v'è un personalismo/costituzionalismo come promozione, come creazione del pieno sviluppo della persona, nella sostanza concepito in positivo come sostegno alla persona, che concorre addirittura alla costruzione di una nuova penalità, di nuovi strumenti di reazione ai gravi illeciti che caratterizzano il penale, che insomma concorre a fondare per l'appunto la giustizia riparativa.

4. Le obiezioni al modello della complementarità adottato dalla riforma Cartabia.

Veniamo adesso alle obiezioni relative al modello della complementarità.

Nessuno pensa o, quanto meno tra i giuristi, ha mai pensato che la giustizia riparativa possa soppiantare quella punitiva. Una tale prospettiva non sarebbe possibile, non solo per ragioni politiche: nella società l'idea punitiva è radicatissima e mai la politica rinuncerebbe al potere di punire. Non solo perché, su un piano normativo, il precetto necessita di una sanzione: non risulta concepibile un divieto senza prospettare una conseguenza negativa. Ma soprattutto, la giustizia riparativa non può soppiantare quella punitiva, perché la giustizia riparativa è una giustizia volontaria e spontanea che, se fosse l'unica forma di giustizia, potrebbe generare addirittura ingiustizia e avallare prevaricazioni: l'autore del fatto potrebbe non intraprendere il percorso riparativo, così

come potrebbe sottrarsi agli impegni presi, senza che nessuno possa chiedergli conto o costringerlo ad adempiere.

Insomma, si scopre che la giustizia umana non può che chiudersi attraverso la violenza e la costrizione, in quanto senza di essa il sistema resterebbe aperto con il rischio di lasciare gli autori privi di qualsiasi conseguenza.

Ecco che giustizia punitiva e giustizia riparativa sono state concepite – fino alla riforma Cartabia e al di là di qualche specifica eccezione (si pensi a quanto previsto nella messa alla prova per i minori e gli adulti) – come mondi paralleli che non si toccano e quindi in un sostanziale rapporto di indifferenza, per cui l’una prescinde dall’altra. Rispetto a questo tipo di relazione, proprio perché i due paradigmi restano indipendenti, non si pongono problemi. Da notare come la riforma Cartabia faccia riferimento anche a questo modello parallelo. Sancisce infatti l’art. 44 della disciplina organica, che ai programmi della giustizia riparativa si può accedere anche dopo l’esecuzione delle pene o all’esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità o per intervenuta causa estintiva del reato.

Ma soprattutto, con la riforma Cartabia si è creato un intreccio, una intersecazione, tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, attuando un modello complementare. Con tale espressione non si indica soltanto la circostanza che la giustizia riparativa può realizzarsi una volta che si è attivato il sistema punitivo e con effetti su di esso, ma anche che la giustizia riparativa “completa” quella punitiva, nel senso che la prima permette di soddisfare istanze rispetto alle quali la seconda non è in grado di rispondere. Si pensi in particolare a questi tre aspetti.

Anzitutto, la giustizia punitiva trascura ed estromette totalmente la persona offesa dal reato, che invece viene valorizzata nella giustizia riparativa. Non ci si faccia ingannare dalla possibilità di costituirsi parte civile, perché attraverso la costituzione di parte civile si opera per l’appunto sul piano civilistico. Insomma, mentre sul piano penalistico tutto si pubblicizza e si spersonalizza passando nelle mani dello Stato e sul piano civilistico la persona offesa ottiene una riparazione economica-patrimoniale, oggettiva, materiale, sul piano personalistico, e cioè dell’offesa personale concretizzata con la realizzazione del reato, la persona non trova alcun riconoscimento. E dare voce alla persona offesa con riferimento alla sua offesa personale non è una prospettiva vittimo-centrico, ma piuttosto personalistica. In secondo luogo, mentre nella giustizia punitiva autore e persona offesa non vengono mai in contatto, la giustizia riparativa si basa proprio su un confronto diretto tra i protagonisti della vicenda criminosa. Infine, se il punitivo risalta i fatti e le norme, trascurando la dimensione umana e relazionale, la giustizia riparativa pone al centro proprio tale dimensione, potendo entrare in gioco ciò che potremmo definire il “dolore esistenziale” derivante dalla dinamica criminosa e conflittuale, il dolore derivante dal male, il male personale derivante dal male criminale.

4.1. Le varianti del modello complementare: sostitutivo, attenuante, esecutivo.

A differenza degli altri modelli, quello complementare apre a una serie di problematiche tecniche e di principio, che si affrontano meglio se si distinguono le

diverse varianti della complementarità. A ben vedere, infatti, a me pare che si possano individuare addirittura tre varianti della complementarità, che potremmo definire rispettivamente sostitutiva, attenuante ed esecutiva.

Accantonando per il momento quella esecutiva, sulla quale torneremo alla fine di queste riflessioni, qui vorrei concentrarmi sulle prime due.

La variante sostitutiva si caratterizza per alcuni punti fermi. Anzitutto, l'esito riparativo positivo si sostituisce alla pena, per cui il reato si estingue e non si punisce. In secondo luogo, proprio in ragione di questo effetto estintivo del reato, la giustizia riparativa non può trovare applicazione per tutti i reati, ma soltanto per una selezione, compiuta sulla base della particolare dinamica offensiva a carattere personalistico e direi anche sul minore disvalore dei fatti commessi: tradotto, deve trattarsi di fatti dalla gravità medio-bassa e che implicano un'offesa che coinvolge beni riferibili alla persona in carne ed ossa. Infine, il modello sostitutivo si caratterizza per un'applicazione in una fase anticipata del procedimento, il quale viene sospeso, dando inizio al percorso riparativo e, se l'esito risulta positivo, il reato si estingue, mentre se è negativo, il procedimento riprende il suo corso.

Il modello attenuante ha altre caratteristiche strutturali/funzionali. Anzitutto, l'esito riparativo positivo comporta l'attenuazione della pena e quindi, nella sostanza, prende la forma di un fattore che attenua la pena. In secondo luogo, sul fronte dei reati, proprio perché l'effetto è di attenuazione della pena, l'attivazione del percorso riparativo può riguardare tutti i reati, senza l'esclusione di quelli più gravi. Infine, sul piano processuale, il percorso può avviarsi in ogni momento, in ogni stato e grado, mediante la creazione di un binario parallelo a quello processuale, per cui, da un lato, il procedimento punitivo non si arresta ma prosegue inalterato, dall'altro, la giustizia riparativa si innesta sul procedimento punitivo, svia in un percorso parallelo rispetto a tale procedimento e alla fine rientra in esso, con la conseguenza che se l'esito riparativo è positivo, la pena per l'appunto si attenua, mentre, se è negativo, *tamquam non esset*.

Attenzione, a ben vedere, oltre a quello "parallelo" (già visto) ed "esecutivo" (che vedremo), la riforma Cartabia ha adottato anche entrambi questi modelli sostitutivo e attenuante. Ed infatti, quello sostitutivo è stato collegato ai reati perseguibili a querela remissibile, prevedendo una forma di remissione tacita (art. 152.3, n. 2, c.p.). Rispetto a quello attenuante si prevede che i programmi di giustizia riparativa siano accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato e alla sua gravità e in ogni stato e grado (art. 44.1 e 2. disciplina organica), mentre il riformato art. 62.1, n. 6. c.p. qualifica l'esito positivo come attenuante con conseguente diminuzione fino a 1/3 di pena.

Senza voler indugiare in facili critiche, anche perché ho già espresso questo mio pensiero prima che la riforma entrasse in vigore, dico subito che, a mio modesto avviso, sarebbe stato opportuno investire soprattutto sulla variante sostitutiva, secondo l'antico adagio "poca roba e fatta bene". Si sarebbe trattato di un ingresso della giustizia riparativa nel nostro ordinamento "dimesso", senza dare nell'occhio, a piccoli passi, e che magari avrebbe consentito un allargamento progressivo, anche perché in penale, il troppo tende a generare reazioni di resistenza se non addirittura di rigetto.

Invece, si è deciso di investire soprattutto sulla variante attenuante, anche nella convinzione che la permanenza della pena avrebbe indotto ad accogliere e accettare la

riforma con più favore, stemperando così la componente rivoluzionaria. Tuttavia, come sappiamo, non è stato così: nel furore punitivo che caratterizza la nostra epoca, non allarma soltanto l'attenuazione della pena, ma soprattutto la logica sottesa al paradigma riparativo che è "altra" rispetto a quella violenta del punitivo.

Ma soprattutto, l'adozione della variante sostitutiva avrebbe permesso di evitare che si creassero alcuni problemi.

4.2. I problemi posti dal modello complementare sostitutivo.

Ed eccoci alle obiezioni che si muovono alla giustizia riparativa sul fronte del modello complementare adottato dalla riforma Cartabia.

Il modello sostitutivo, in realtà, non crea particolari problemi. Da un lato, a ben vedere, finisce per porre gli stessi problemi di tutti gli altri istituti che sono alternativi al carcere in fase pre-decisoria, come ad esempio le condotte riparatorie oppure la messa alla prova, nonché, a ben vedere, la stessa querela remissibile, in quanto tutti questi istituti comportano che la persona autore del fatto vada incontro a conseguenze sanzionatorie in assenza di un accertamento della responsabilità. Problemi che, riguardo alla messa alla prova, sono stati risolti con l'idea dell'autosottoposizione a sanzioni in assenza di coercizione, per cui, se è vero che in presenza di indagini (o di un vero e proprio processo) si esercita qualche pressione per cui non si può parlare di spontaneità, tuttavia è anche vero che, nonostante qualche condizionamento, la scelta è pur sempre volontaria.

In realtà, sia detto per inciso, qualche problema si pone, là dove ci si sottopone a conseguenze che possono essere sproporzionate o addirittura afflittive, come avviene proprio per la messa alla prova con il lavoro di pubblica utilità, che, com'è noto, costituisce una pena a tutti gli effetti in virtù del suo contenuto afflittivo, mentre quando le conseguenze sono scarsamente afflittive o addirittura prive di afflittività, come nell'ipotesi delle condotte riparatorie, mi pare non sussistano problemi.

Ecco che, a maggior ragione, la mancanza di un accertamento della responsabilità per la giustizia riparativa connessa alla querela remissibile crea ancor meno problemi, visto che le conseguenze non sono nemmeno sanzionatorie.

Dall'altro lato, proprio la connessione del modello sostitutivo con la querela lo rende particolarmente felice. Anche perché, senza potersi addentrare in dettagli, non si può fare a meno di osservare come la querela stia attraversando una straordinaria fase di trasformazione: la sua *ratio* sta assumendo sempre più un carattere personalistico. Con la conseguenza che risulta perfettamente consentanea a tale *ratio* una connessione alla querela remissibile non solo delle condotte riparatorie, ma anche della giustizia riparativa. Insomma, attraverso la querela si valorizza la dimensione personalistica dell'offesa e mediante la remissibilità si consente un confronto tra le parti che apre alla realizzazione di condotte da parte della persona indicata come autore, condotte che possono essere riparatorie oppure frutto di un percorso riparativo.

4.3. I problemi posti dal modello complementare attenuante.

Il modello attenuante, invece, pone senz'altro problemi di principio, spesso affrontati con toni eccessivi e qualche pregiudizio, ma è indubbio che dei problemi ci sono, proprio perché non solo la giustizia riparativa si innesta su e rientra in quella punitiva, ma i due percorsi procedono parallelamente.

In particolare, il modello attenuante si pone in fortissima tensione con il principio di presunzione di innocenza. Ed infatti, muovendo dall'idea che soltanto chi sa di essere responsabile è disposto a intraprendere una determinata attività, da un lato, attivare il percorso riparativo si può considerare una sorta di ammissione di responsabilità; dall'altro lato, lo stesso giudice non può che risultare condizionato dalla circostanza che l'imputato ha aderito a tale percorso.

Certo, problemi analoghi sussistono anche per la messa alla prova, in quanto, come noto, se la prova dovesse fallire, riprende il procedimento e il giudice potrebbe essere condizionato (e non si capisce perché l'avvocatura, riguardo a questo aspetto, non si sia mai scagliata contro la messa alla prova). Tuttavia, con riferimento alla giustizia riparativa i problemi risultano più consistenti, perché, mentre nella messa alla prova il problema si pone solo in caso di fallimento, nella giustizia riparativa invece si pone sempre, visto che il procedimento non viene sospeso, per cui, quale che sia l'esito, la stessa circostanza che sia stato attivato può condizionare.

Il tutto è ulteriormente acuito dal fatto che le pratiche, la letteratura scientifica e le fonti europee che si occupano di giustizia riparativa stabiliscono il "riconoscimento dei fatti" come una sorta di presupposto del percorso riparativo. Da qui, la conclusione che, se si dà avvio o addirittura il giudice rinvia d'ufficio al percorso riparativo, non può che saltare la presunzione di innocenza: nel momento in cui avrà inizio il percorso, la persona indicata come autore avrà riconosciuto i fatti e la propria responsabilità.

A queste obiezioni si è ribattuto con argomenti che potremmo definire normo-interpretativi. Da un lato, si è detto che il riconoscimento dei fatti non implicherebbe un'assunzione di responsabilità, sussistendo una netta differenza tra il riconoscere i fatti e il dichiararsi responsabile degli stessi, anche perché il riconoscimento avviene nel percorso riparativo davanti al mediatore che non è il giudice e quanto dichiarato in quella sede resta segreto e non può essere utilizzato nel procedimento. Dall'altro lato, si è precisato che se c'è un'assunzione di responsabilità, tale assunzione non è per i fatti ma verso qualcuno, non guarda al passato e a ciò che è accaduto, ma al futuro e a ciò che deve accadere. Repliche più che plausibili, ma che, proprio in quanto normo-interpretative, non lasciano del tutto soddisfatti.

Anche al fine di andare oltre una contrapposizione che rischia di divenire fine a se stessa, a me pare che il tema si possa rinnovare approfondendo ciò che accade all'interno del percorso riparativo. Anche perché, al di là delle formule linguistiche, se il percorso riparativo necessita di un riconoscimento dei fatti o all'inizio o anche solo come esito, non v'è dubbio che la tensione con il principio di presunzione di innocenza è fortissima, proprio perché all'esterno del percorso v'è la consapevolezza che nel percorso i fatti saranno riconosciuti. Se invece il percorso riparativo si muovesse a prescindere da tale riconoscimento, i problemi si stempererebbero fino a dissolversi.

Ebbene, a me pare che il riconoscimento dei fatti, che alla fine comporta anche un'assunzione di responsabilità, sia stato richiesto prima che prendesse corpo il modello della complementarità, nel senso che quella regola di percorso è stata elaborata quando giustizia punitiva e giustizia riparativa erano paralleli, indifferenti. Adesso che invece questi due paradigmi s'intrecciano, il riconoscimento dei fatti diviene problematico e c'è da chiedersi se vi sia spazio per un percorso riparativo che non si basa su tale riconoscimento.

Così ragionando il tema si sposta su come si concepisce il percorso riparativo, su quale sia la sua struttura e la sua dinamica, con conseguenze, come vedremo, anche sull'esito. A me pare che si possano prospettare quanto meno due modelli di percorso riparativo dietro ai quali stanno addirittura due modi diversi di concepire la giustizia riparativa. Da un lato, v'è un modello che potremmo definire ristorativo, volto per l'appunto a "ristorare la vittima", che si basa ancora sul fatto accaduto e spinge sugli esiti aventi carattere riparatorio e che quindi nell'accentuare il dislivello tra le parti giunge a richiedere un riconoscimento dei fatti. Questo modello è senz'altro compatibile con quello che abbiamo definito sostitutivo, ma entra in tensione con la prospettiva attenuante. Da osservare inoltre come, pur mantenendo il carattere strutturale della volontarietà e della spontaneità, la giustizia riparativa sia attratta nella logica vittimocentrica riparatoria, nel senso che il contenuto degli impegni assunti dalla persona indicata come autore del fatto tendono a coincidere con quelli delle sanzioni riparatorie.

Dall'altro lato, v'è un modello consensuale, mediativo, umanistico/personalistico, ricostruttivo del rapporto interpersonale, che fa leva sulla dinamica relazionale, sul reciproco riconoscimento, sul superamento del conflitto, sulla cura della ferita personalistica e del dolore esistenziale cagionato dal reato o da questo derivante e che appartengono ad entrambi i protagonisti della vicenda criminosa. Questo modello muta radicalmente oggetto, per cui fondamentale diviene la relazione interpersonale, con conseguente valorizzazione del percorso e dell'esito inteso come momento di incontro e riconoscimento della persona che è nell'altro. In questa prospettiva, i protagonisti della vicenda criminosa tendono a stare sullo stesso piano, anche perché sul dislivello si basano proprio le altre forme di giustizia, quella punitiva e quella civile. Ebbene, a me pare che in questo modello emerga un'altra necessità, che non definirei di riconoscimento dei fatti, ma piuttosto di "ricostruzione della verità dei fatti", di definizione di come sono andate effettivamente le cose, senza falsificazioni o manipolazioni, di una verità dei fatti che va oltre gli stessi fatti per aprire alla dimensione relazionale. Anche perché la ricostruzione della verità dei fatti costituisce il presupposto per la ricostituzione del rapporto di fiducia. Da osservare, inoltre, come stavolta la giustizia riparativa resti completamente altra rispetto non solo al paradigma punitivo, ma anche alla stessa logica riparatoria, assumendo contenuti che non guardano tanto alla soddisfazione economico-materiale degli interessati, quanto, come detto più volte, alla dinamica relazionale, senza per questo acquisire una dimensione necessariamente spirituale.

Inoltre, a me pare che la verità dei fatti possa venire in gioco attraverso due diverse modalità. Da un lato, può sempre costituire un presupposto, il quale oltretutto si potrebbe definire nei colloqui individuali, con la conseguenza che quando le parti si

incontrano in presenza, la verità dei fatti nemmeno si affronta, spostandosi direttamente sulla dinamica relazionale. Dall'altro lato, la verità dei fatti non costituisce un presupposto, ma diviene uno dei temi del confronto e del percorso, con la conseguenza che la verità dei fatti è il frutto di una dialettica che alla fine produce un consenso. La verità è vista nell'ottica dell'incontro e al suo interno.

Ecco che forse siamo giunti al cuore del rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva dove decisivo diventa il modo di concepire la stessa giustizia riparativa. Se infatti questi due mondi restano totalmente paralleli, non comunicanti a livello procedurale, non solo non ci sono problemi se si determinano eventuali contaminazioni, ma la stessa giustizia riparativa tende a farsi ristorativa e quindi ad essere attratta in una logica anche riparatoria che pone al centro il fatto e quindi la stessa vittima. Se, invece, la giustizia riparativa si innesta sul punitivo, proprio perché eventuali contaminazioni sono rischiosissime, essa deve basarsi su una logica personalistico-consensuale e quindi essere altra anche rispetto alla stessa dimensione riparatoria: non si tratta più di ristorare la vittima, compensare, riparare, ma piuttosto di affrontare una questione di relazione tra persone, di prendersi cura della relazione con l'altro attraverso un confronto diretto.

4.4. I problemi posti dal modello complementare esecutivo.

Resta da esaminare la giustizia riparativa nell'ambito dell'esecuzione della pena. A me pare che, contrariamente a quanto si ritiene, sia questo il modello complementare che può porre maggiori problemi.

In questo ambito, come già accennato, la giustizia riparativa entra in contatto con la prevenzione speciale o, meglio, viene nella sostanza assorbita in tale logica, per cui la disponibilità e l'impegno del reo a intraprendere percorsi riparativi e quindi a confrontarsi con la vittima finisce per essere parte integrante dello stesso percorso rieducativo e risocializzante.

Ebbene, la giustizia riparativa può entrare a far parte degli istituti specialpreventivi in sede di esecuzione o come contenuto o come presupposto.

Nessun problema quando diviene un contenuto, quando cioè costituisce un percorso che si deve intraprendere in vista di determinati benefici, dovendosi precisare che ciò può avvenire anche in fase pre-decisoria (es. messa alla prova) e decisoria (es. sospensione condizionale) e che la valenza rieducativa non può stare nel raggiungimento dell'esito riparativo, anche perché tale esito non dipende dalla sola persona indicata come autore, ma più semplicemente nella disponibilità a intraprendere o nell'aver intrapreso il percorso, anche se poi il percorso fallisce per cause che non sono imputabili al reo.

Problemi si pongono invece là dove la giustizia riparativa diviene il presupposto, come avviene là dove si riconnette al sicuro ravvedimento della liberazione condizionale. Sono due le problematiche che si devono affrontare e che non dipendono tanto dalla giustizia riparativa ma dalla disciplina punitiva.

Anzitutto, si pone un problema di indebita pressione esercitata nei confronti dell'autore, il quale, non dimentichiamocelo, si trova nelle mani dello Stato in condizione di privazione della libertà personale. Ebbene, a me pare che sul punto si debba distinguere a seconda che si sia in presenza di pene temporanee oppure dell'ergastolo. Rispetto alle prime, se, da un lato, vi sono pressioni e rischi di strumentalizzazione, per cui per ottenere la libertà si deve sottostare a determinati comportamenti, dall'altro lato, la circostanza che la pena sia destinata a finire lascia margini di garanzia al reo: certo, per ottenere una libertà "anticipata" il reo deve sottostare a determinate condizioni, ma nulla toglie che si possa non aderire nell'attesa dell'espiazione della pena. Rispetto all'ergastolo, invece, proprio la circostanza che la pena sia suscettibile di non avere mai fine, in quanto il mancato ottenimento del beneficio significa carcere a vita, si determinano una costrizione e una strumentalizzazione fortissime, che eccedono i limiti di proporzione e ragionevolezza, proprio perché o si aderisce o si va incontro a una pena perpetua. Insomma, l'alternativa alla mancata adesione non è scontare la pena che resta da scontare, ma il fine pena mai.

In secondo luogo, si pone il problema del concetto di sicuro ravvedimento, che non esitiamo a definire autoritario. Da un lato, il sicuro ravvedimento è problematico in sé. In cosa consiste questo ravvedimento? Nell'avvenuta rieducazione? Se così è, una volta raggiunto il ravvedimento, la pena dovrebbe addirittura cessare. Non solo, ma, a ben vedere, la liberazione finisce per essere connessa all'effettivo raggiungimento del risultato della rieducazione, con la conseguenza che la pena cessa di "tendere alla rieducazione", per divenire strumento di necessaria rieducazione, tant'è vero che se l'ergastolano non si è ravveduto, continua a restare in carcere. Si può quindi sostenere che il ravvedimento non si basa sulla rieducazione, ma sulla pericolosità sociale. Se è così, l'ulteriore esecuzione dell'ergastolo non è una pena, ma diviene nella sostanza una misura di sicurezza per l'imputabile, con l'ulteriore paradosso che cambia l'etichetta, ma la sostanza, oltretutto carceraria, resta totalmente identica. Ponendosi un'esigenza di periodica revisione della pericolosità, ma soprattutto un problema della compatibilità di una misura di sicurezza per l'imputabile, oltretutto carceraria, con il principio di proporzione.

Dall'altro lato, il sicuro ravvedimento diviene problematico se connesso alla giustizia riparativa. Se non si pone alcun problema là dove il soggetto si dichiara disponibile (sempre con la precisazione che la valenza rieducativa non sta nel risultato riparativo), tuttavia la stessa assenza di disponibilità può essere interpretata in termini sfavorevoli al reo di mancato ravvedimento. Insomma, il concetto di sicuro ravvedimento si rivela assolutamente indeterminato e manipolabile, risultando difficile selezionare i comportamenti oggetto di valutazione, visto che vi possono rientrare non solo la stessa manifestazione del pensiero (si pensi al caso Cospito), ma addirittura il mero silenzio ovvero l'inerzia, nonché l'omissione di comportamenti che si ritengono necessari da parte dell'ordinamento e quindi anche la mancata intrapresa del percorso riparativo o il rifiuto di un incontro con la vittima.

5. Le obiezioni alla disciplina.

Veniamo quindi alle obiezioni che attengono più direttamente alla disciplina adottata dalla riforma Cartabia. Sembrano essere tre i punti maggiormente delicati. Anzitutto, v'è il tema dell'innesto e del rientro e più in generale del rapporto che intercorre tra valutazione giudiziaria e inizio/fine del percorso riparativo. In secondo luogo, merita un accenno la parte della disciplina che attribuisce un ruolo agli avvocati delle parti al momento della definizione degli accordi relativi all'esito materiale (art. 56.5). Infine, si pone la questione se la giustizia riparativa si possa applicare anche ai reati che sono caratterizzati da una vittima che potremmo definire vulnerabile, a cominciare dalla violenza domestica e di genere. Noi ci soffermeremo soltanto sulle prime due questioni.

5.1. I problemi posti dalla disciplina dell'innesto e del rientro.

Circa la prima, non si può non muovere da una considerazione di fondo, e cioè dalla presenza di una sorta di paradosso interno alla disciplina complessiva della riforma Cartabia, per cui, da un lato, ci si è ispirati a una notevole apertura, sia in termini di possibili modelli (ben 4: parallelo, complementare sostitutivo, complementare attenuante e complementare esecutivo), sia sul fronte dei reati (tutti), sia sul piano della fase processuale in cui è applicabile (in ogni stato e grado e in fase esecutiva): non penso di esagerare se dico che si è trattato di un'apertura pressoché totale. Dall'altro lato, però, questa apertura è stata compensata dall'attribuzione di un ruolo molto significativo, per non dire predominante, alla giurisdizione, soprattutto proprio per quanto riguarda l'innesto e il rientro, con la conseguenza che, in ordine all'innesto, si deve registrare un notevole protagonismo del giudice che stride con quello che invece dovrebbe essere delle parti, così come in ordine al rientro al giudice si riconoscono ampi spazi valutativi che si sovrappongono a quelli del mediatore.

Le ragioni di un'attribuzione di poteri così ampi al giudice sembrano mutare a seconda del momento nel quale si esercitano. Circa l'innesto, posta, come vedremo, la necessità di un raccordo quanto meno formale tra procedimento punitivo e inizio del percorso riparativo, a me pare si possa cogliere una sorta di diffidenza addirittura nei confronti dell'avvocatura: una volta che ci si basa sulla complementarità è proprio l'avvocatura a giocare un ruolo determinante nel contribuire ad attivare la giustizia riparativa, perché la persona assistita non potrà affidarsi che al proprio avvocato nel farsi consigliare. Ed è l'avvocato che meglio di altri conosce la persona del proprio assistito, le dinamiche relazionali e l'eventuale conflittualità che necessita di un percorso. E considerata la diffidenza con la quale la maggior parte dell'avvocatura guarda alla giustizia riparativa, si è prevista una disciplina che attribuisce un ruolo protagonista al giudice.

Circa il rientro, il discorso sembra essere culturale, perché, come accennato all'inizio, si ha difficoltà a rinunciare al potere della giurisdizione. Muovendo infatti dalla prospettiva del punitivo, l'assenza di un potere valutativo del giudice potrebbe

essere considerata addirittura un'inammissibile limitazione del potere giurisdizionale. Tuttavia, se ci si colloca in sintonia con la nuova forma di giustizia, assieme al ruolo dell'avvocato, deve mutare anche quello della giurisdizione, dovendosi riconoscere il mediatore come titolare del percorso riparativo, mentre l'idea che l'ultima parola spetti comunque al giudice, non solo neutralizza la giustizia riparativa, ma addirittura la asservisce a quella punitiva.

5.1.1. I problemi dell'innesto.

In particolare, per quanto riguarda l'innesto, l'art. 129-bis c.p.p. dispone che il rinvio è compiuto dal giudice. In secondo luogo, si precisa che tale rinvio può essere compiuto anche d'ufficio, sentite le parti e se necessario la vittima. In terzo luogo, per esercitare il "potere" di rinvio si prevedono criteri nella sostanza valutativi del programma: sua utilità alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto; assenza di pericolo concreto per gli interessati; assenza di pericolo concreto per l'accertamento dei fatti.

A mio avviso, proprio per una testualità che attribuisce un ruolo preponderante al giudice, si tratta di una disciplina che necessita – per così dire – di alcuni correttivi interpretativi. Anzitutto, da corregge l'espressione "rinvio" da parte del giudice, foriera di possibili fraintendimenti. Premesso che, come accennato, non può mancare un momento di raccordo tra giurisdizione e Centro per la giustizia riparativa, e ciò perché l'esito riparativo ha rilevanza all'interno del processo (insomma, le parti non possono rivolgersi al Centro senza che l'ordinamento lo sappia), al giudice si deve richiedere una sorta di attività che non esito a definire formale, di mera comunicazione al Centro in ordine alla disponibilità della parti a intraprendere il percorso. E c'è da chiedersi se non sarebbe stato più opportuno prevedere che fossero le parti a rivolgersi direttamente al Centro, il quale avrebbe poi dato comunicazione al giudice dell'inizio del percorso riparativo.

In secondo luogo, a maggior ragione, necessita di correzione l'espressione "anche d'ufficio", la quale in senso tradizionale significa a prescindere dalla volontà delle parti. L'inciso "anche" lascia margini di autonomia alle parti, che quindi possono sollecitare il rinvio su loro istanza. Ma quello di "ufficio" merita ancor più correttivi, dal momento che si prevede che siano sentite le parti e se necessario la vittima, visto che il sentire finisce per costituire una sorta di "consultazione" non vincolante, mentre il sentire la vittima diviene un passaggio addirittura eventuale. Ebbene, posto che tutte le parti non possono che essere sentite, si deve precisare che qui non entra in gioco il consenso al percorso, ma soltanto quello per entrare in contatto con il Centro, con la conseguenza che, ed ecco la necessità di rafforzare al massimo la valenza dell'"anche", si deve ritenere che siano le parti a dover comunicare al giudice la volontà di accedere al percorso riparativo. Risultando opportuno che, al fine di evitare ulteriore conflittualità, la disponibilità sia stata verificata e acquisita dagli avvocati prima della comunicazione.

Infine, i criteri valutativi. Ebbene, quello di utilità è del tutto inconferente, sia perché il giudice (se in fase pre-decisoria) non conosce la vicenda, sia perché non può

valutare l'utilità di un programma che ancora non esiste. Più delicati quelli di pericolosità, là dove la vittima può costituire un testimone (pericolo per l'accertamento dei fatti) oppure si può ritenere un soggetto vulnerabile. Il punto è che la tutela da tali rischi non è nelle mani del giudice ma in quelle del mediatore. Ecco che, a mio avviso, il giudice non solo non può e non deve compiere alcuna valutazione, che sarebbe del tutto impropria, ma si deve anche ritenere che autore e vittima possano, se non debbano, operare in autonomia, attraverso contatti informali che si chiudono con la disponibilità a partecipare ai programmi oppure no.

5.1.2. I problemi del rientro.

Per quanto riguarda il rientro, la disciplina è contenuta negli articoli 57 e 58. Il nodo di fondo è nella sostanza il seguente: se il giudice possa valutare l'esito del percorso riparativo definito dal mediatore.

A mio avviso, questa disciplina si esamina meglio distinguendo tra esito e percorso riparativo e a seconda che l'esito sia stato negativo oppure positivo

In presenza di un esito negativo, il comma 2 dell'art. 58 sancisce espressamente che esso non produce effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore. Il grande nodo è se il giudice possa comunque valutare a favore della persona indicata come autore la sua partecipazione al percorso ai sensi dell'art. 133 c.p. Ebbene, non si vedono ragioni per affermare preclusioni, anche perché l'art. 51 d.lgs. 150/2022 prevede che «le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma non possono essere utilizzate nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena, fatti salvi i contenuti di cui all'art. 57», con la conseguenza che il giudice è in possesso del materiale per compiere una eventuale valutazione. Insomma, il legislatore sembra lasciare spazio alla possibilità di valutare comunque a favore della persona indicata come autore la sua partecipazione al percorso, quando l'interruzione del percorso o il mancato raggiungimento di un esito positivo non siano dipesi da lui.

In presenza di un esito positivo, il comma 1 dell'art. 58 sancisce che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo».

Tre gli aspetti da chiarire. Anzitutto, nel momento in cui si prevede l'inciso "anche ai fini di cui all'art. 133", sembra introdursi un inammissibile *bis in idem*, in quanto l'esito riparativo "positivo" produce già effetti come circostanza e non può riprodurre effetti anche in sede di commisurazione della pena. Forse sarebbe stato meglio riferire tale inciso non all'esito riparativo, ma allo svolgimento del programma, lasciando margini per valutare a favore della persona indicata come autore la partecipazione al programma, là dove il percorso fosse fallito per cause a lui non imputabili

In secondo luogo, si pone soprattutto il problema se il giudice possa giungere a ritenere che, in presenza di un esito dichiarato come positivo dal mediatore, in realtà si tratti di un esito negativo e che pertanto non trovi applicazione la circostanza attenuante. Ebbene, qui occorre andare al senso profondo del percorso riparativo e del modello

complementare, per cui se è ben possibile che l'esito del percorso riparativo sia "utilizzato" all'interno della giustizia punitiva, senza con ciò compromettere la sua natura, risulta invece molto difficile che tale esito possa essere messo in discussione dalla giustizia punitiva, poiché altrimenti se ne altererebbe definitivamente senso ed essenza. Se, infatti, si muove dall'idea che la giustizia riparativa sia altro dalla dinamica punitiva, non vi sono molti margini per una valutazione autonoma da parte del giudice, con la conseguenza che il controllo sull'operato e l'esito del mediatore non potrà che essere estrinseco e formale. Inoltre, non solo non si comprende sulla base di quali criteri dovrebbe compiere la valutazione, ma anche quale sia il suo oggetto.

Infine, e conseguentemente, risulta del tutto distonico che l'aumento della circostanza sia discrezionale e non fisso.

5.2. Il ruolo attribuito all'avvocatura nella definizione degli accordi relativi all'esito materiale.

Il secondo aspetto della disciplina sul quale vorrei soffermarmi riguarda il ruolo degli avvocati negli accordi relativi agli esiti materiali. Il punto è delicatissimo, perché la rilevanza attribuita agli esiti materiali finisce per aprire al tipo di giustizia riparativa che abbiamo definito ristorativa e quindi connessa a condotte a carattere riparatorio. Ebbene, la previsione di queste condotte rischia di snaturare la giustizia riparativa rispetto al modello complementare attenuante, mentre è perfettamente consentanea al modello sostitutivo, con la conseguenza che, a nostro avviso, è opportuno che gli esiti materiali siano oggetto dell'accordo soprattutto là dove viene in gioco quest'ultimo modello connesso alla querela. E quando ciò accade, l'intervento dell'avvocatura ha tutta la sua plausibilità.

6. Due conclusioni.

La prima, sulla giustizia riparativa. A ben vedere, esistono non solo tante varianti della complementarità, ma anche tanti modelli di giustizia riparativa e nelle indagini future sarà sempre più fondamentale interrogarsi su finalità, percorsi e metodi delle varie forme di giustizia riparativa, nonché sulla formazione dei mediatori alla luce di questi diversi modelli.

La seconda. Abbiamo iniziato con un paradosso e finiamo con la fase paradossale che stiamo vivendo, in cui sono presenti tensioni fortissime tra realtà opposte che tendono a divaricazioni che potrebbero risultare deflagranti. Esigenze di governo mondiale e istanze sovraniste che tendono a trovare equilibri in veri e propri autoritarismi; ricchezze sterminate concentrate nelle mani di pochi privati e istanze solidaristiche ancora una volta globali; mondo virtuale e mondo reale. Il paradosso più grande e significativo che si sta verificando è tra pulsioni illimitate della politica e necessità di limiti giuridici. Già in atto l'erosione del diritto penale internazionale, che si può considerare la forma embrionale del costituzionalismo mondiale. Si deve sperare che non sia messo in discussione il costituzionalismo nazionale.

In ambito penalistico, nel nostro piccolo, se così si può dire, il paradosso sta nel trionfo politico e massmediatico della violenza e l'esigenza di un'attenuazione della violenza che vede nella giustizia riparativa una vera e propria speranza, tanto ostacolata, quanto presente nel sentire di quella parte della società che non rinuncia a sforzarsi di vedere la realtà e non sa cosa sia "la zona d'interesse".