

n. **11/2023**
NOVEMBRE

RIVISTA PENALE

Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione

■ Fondata nell'anno 1874 ■ Anno 149°

Direttori **Franco Coppi, Fausto Giunta**
Direttore responsabile **Paolo Appella**

in questo numero

■ **Le ultimissime dalle Corti Superiori, pag. 1013 e ss.**

- **SS.UU.: il fine del profitto che integra il dolo specifico nel furto, pag. 1019**
- **Pene sostitutive, giustizia riparativa e funzione del mediatore, pag. 981**
- **Stranieri: il trattenimento del richiedente protezione internazionale, pag. 1074**
- **Il sistema sanzionatorio ambientale penale dopo la L. 9 ottobre 2023, n. 137, pagg. 992 e 1095**
- **Pornografia minorile: la prova della minore età delle vittime, pag. 1038**



REGISTRATI AL SITO WWW.LATRIBUNA.IT
e consulta il PDF di questo fascicolo e gli arretrati dal 2010

LA FUGA DELLA PENA RIFORMATA DALLE SPIRE DEL "CANONE INVERSO"

di Pasquale Troncone

SOMMARIO

1. La strategia del "canone inverso" come metafora delle vicende punitive nella legislazione italiana. 2. La forza dell'idea di riabilitazione sociale alla base del trattamento rieducativo. 3. Un punto di svolta nel percorso del "canone inverso" nel perseguire forme di probation e diversion. 4. Il nuovo catalogo sanzionatorio che introduce le pene sostitutive ovvero le pene-programma. 5. La giustizia riparativa come strumento per la cessazione del conflitto e come ipotesi di sanzione intransigente al procedimento. 6. La funzione del mediatore quale facilitatore del dialogo.

1. La strategia del "canone inverso" come metafora delle vicende punitive nella legislazione italiana

Le vicende legislative legate alla finalità della pena nell'Italia repubblicana sono segnate da scelte altalenanti e, molto spesso, da tracce antitetiche che rimandano alla metafora del canone inverso di conio bachiano. Nella teoria della musica si tratta di una soluzione contrappuntistica dove la seconda voce esegue in contemporanea, con gli stessi identici intervalli e pause, la stessa melodia nel verso contrario alla prima, una melodia antitetica.

La pena, esattamente come una manifestazione del canone inverso, ha tracciato nel corso di questi ultimi cinquant'anni lo stesso identico percorso, segnato da scelte antinomiche e da riverberi di cieca afflizione insieme a spinte rieducative, per aprirsi poi, solo negli ultimi anni, a soluzioni più coerenti tarate sullo statuto costituzionale.

Il legislatore costituente del 1948 non avrebbe certamente immaginato che la legge ordinaria avrebbe dato attuazione ai principi costituzionali sulle vicende della pena con un intollerabile ritardo di quasi ottant'anni da quella illuminante e innovativa intuizione di modello punitivo dell'epoca repubblicana.

Con la prima legge di settore sull'Ordinamento Penitenziario, la n. 354 del 1975 entrata in vigore a quasi trent'anni dall'entrata in vigore dell'art. 27 della Carta costituzionale, il legislatore ordinario tentò un primo timido approccio al concetto di rieducazione del tutto ignoto alla

penalistica dell'epoca. Il Costituente, infatti, omise di dotare l'ordito normativo di strumenti e metodi che sarebbero stati necessari per stabilire un percorso di rieducazione e reintegrazione sociale del condannato e questa lacuna ha rappresentato la ragione del grave ritardo con cui è stato messo in piedi un sistema di giustizia rieducativa (1).

Il quesito è stato reso ancora più complesso dai fatti sociali che hanno funestato il sistema della penalità in epoca repubblicana, fatti che talvolta hanno fatto arretrare l'intero assetto del sistema, si pensi alle vicende legate al terrorismo interno e internazionale o quelli legati ai fenomeni di criminalità organizzata endemica, che hanno determinato la genesi di un modello di penalità differenziato a secondo del tipo di reato e di categoria di autori.

La traccia di questo accidentato itinerario è fornito dalle questioni relative al c.d. "carcere duro". L'art. 90 della legge sull'Ordinamento Penitenziario per i suoi toni che allarmavano per l'incisione dei diritti di libertà della persona subì una naturale abrogazione per ritrovare poi un nuovo spazio sotto la diversa collocazione dell'art. 41-bis O.P. (2).

A seguito delle sempre più cruente vicende di sangue che avevano coinvolto rappresentanti delle Istituzioni, questa nuova misura e soprattutto il suo permanere al di fuori di situazioni di emergenza è apparsa di gran lunga più preoccupante per le libertà fondamentali della precedente, spostando sempre più in avanti l'asse dell'afflittività con la disciplina integratrice dell'art. 4-bis O.P., fino a segnare un percorso fortemente differenziato e discriminatorio tra detenuti, condannati e persone in attesa di sentenza definitiva.

Questo continuo capovolgimento di fronte che ha marcato di evidente incoerenza il sistema normativo e soprattutto la confusa nebulosa delle scelte culturali che erano alla base delle diverse vicende legislative, hanno fatto maturare un ordinamento della pena che reca in sé il segno della evidente antinomia concettuale e finalistica. Nonostante la dottrina penalistica sia stata sempre vigile nel segnalare la controversa tendenza dell'evoluzione legislativa, denunciando il cronico ritardo di scelte che lo statuto costituzionale della pena imponeva già dal 1948.

Il ritardo legislativo, però, si è a un certo punto della storia intrecciato con nuovi scenari della penalità moderna che fiorivano sulla base delle determinazioni di fonti normative sovranazionali, depotenziando l'afflittività e la sofferenza della sanzione carceraria e aprendo il sistema

verso finalità di recupero sociale del reo attraverso forme di espiatione di segno diverso.

Il sistema penale, nel suo generale e vasto orizzonte europeo, si è ulteriormente caratterizzato in negativo a causa dell'inevitabile fenomeno del sovraffollamento carcerario che ha debilitato ulteriormente la forza punitiva degli ordinamenti penali con misure puramente deflative, avviandoli verso un declino inarrestabile della loro efficienza e della propria efficacia punitiva. La rappresentazione sociale della punizione ha messo in crisi la finalità di prevenzione generale e di deterrenza della pena, trasformando un presidio invalicabile quale conseguenza della violazione della legge penale in un puro rischio sociale.

Anche la stagione del c.d. populismo penale, poi, e la richiesta di "certezza della pena" che saliva e sale dall'emozionalità popolare accesa da fatti violenti che la cassa mediatica ingigantisce nei toni, riceve sistematicamente come sintomatica risposta l'introduzione di nuove figure di reato e innalzamenti dei livelli di pena.

Si è dovuto, quindi, fare i conti con opposte dinamiche che caratterizzano la legislazione penale, dove da un lato prevaleva la tradizionale idea di rispettare la finalità della pena in termini puramente afflittivi e mortificanti per il detenuto subita in condizioni carcerarie inumane; dall'altro la spinta centripeta tesa a fuoriuscire da uno schema puramente carcerocentrico della sanzione penale per aprirsi a esperienze del tutto opposte di tipo afflittivo/riabilitativo definite dal contesto comunitario.

2. La forza dell'idea di riabilitazione sociale alla base del trattamento rieducativo

Va premesso che le statistiche che delineano le dinamiche di talune categorie di reati di modesto allarme sociale e la necessità di osservare gli effetti delle pene intramurarie per i delinquenti primari ha posto al giurista il dilemma di individuare percorsi espiativi specifici e adeguati.

La centralità della pena intramuraria ha finito per prevaricare le ragioni della rieducazione per fatti e autori che sarebbero stati destinati a itinerari punitivi con diversi indici di afflittività, aperta ad adempimenti prescrittivi piuttosto che a permanenze in carcere di brevi periodi. Idea che era stata alla base della prima legge di depenalizzazione in Italia, la n. 689 del 1981 che aveva privilegiato il ricorso alla pena pecuniaria piuttosto che ad alcuni giorni di vita penitenziaria.

La storia dei sistemi di common law ha gettato, successivamente, una luce del tutto nuova e diversa sulla matrice della pena, con iniziative normative filtrate da Direttive europee e Raccomandazioni, che hanno indotto i legislatori nazionali, paralizzati dall'impossibilità di dare vita a un ampio piano di edilizia carceraria lungo e costoso, a intraprendere nuovi percorsi punitivi e nuove strade che guardassero ben oltre il carcere (3). Le più significative sono la Raccomandazione R(1992)16 che forniva come indicazione la seguente chiave di lettura: "I servizi di probation hanno lo scopo di ridurre la perpetrazione di ulteriori

reati instaurando rapporti positivi con gli autori di reato, al fine di assicurarne la presa in carico (anche con un controllo, se necessario), di guidarli e assisterli per favorire la riuscita del loro reinserimento sociale. In tal modo, la probation contribuisce alla sicurezza collettiva ed alla buona amministrazione della giustizia". E poi ancora una seconda Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri europei agli Stati membri sulle "Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation".

In Italia questa nuova prospettiva, per molti commentatori vista come eccessivamente permissiva se non addirittura criminogena, deve fare i conti con un sistema giudiziario sclerotizzato, inefficiente e a corto di risorse finanziarie che, se da un lato lamenta lo stato attuale della stasi assoluta, auspicando un diverso modo di inquadrare la sanzione afflittiva per eccellenza, dall'altro intravede, seppure con difficoltà, un percorso culturale del tutto opposto a quello che ha dato vita all'attuale prassi sulla pena.

Anche l'instaurarsi del c.d. "processo bifasico di fatto" ha segnato un ulteriore limite apparentemente invalicabile per interpretare in maniera coerente le scelte costituzionali (4). Nel nostro ordinamento ormai è stratificato un modello processuale che vede il giudice della cognizione attestarsi sul fronte della pena solo nella fase della comminatoria, e solo dopo entra in scena – eventualmente – un giudice della pena, il Tribunale di Sorveglianza chiamato soltanto a valutare in quale modo possa essere in concreto eseguita la sanzione detentiva. Il tutto avviluppato in una spirale che ha dilatato il tempo burocratico che segna il confine tra la comminatoria della pena e l'infrazione della condanna.

In definitiva, il processo bifasico nello spezzare i legami tra responsabilità e rimprovero chiude la strada alla coerenza della serrata continuità in cui invece deve essere contenuta la punizione tra le due diverse sponde per rendere efficace la punizione. La coerenza, infatti, è anche il frutto di una prevenzione generale positiva, per una spinta dissuasiva che sia però una scelta consapevole e impegnativa per il condannato che abbia espiato la pena.

La nuova stagione che si apre sul nuovo scenario sanzionatorio introdotto dal D.L.vo n. 150/2022 merita tuttavia una necessaria messa a punto per i diversi percorsi procedurali che si diversificano a secondo della scelta punitiva che l'imputato propone al giudice, per scongiurare una deriva di tipo perdonista.

La nuova frontiera chiamata a gestire la penalità nel nostro sistema è, infatti, rifratta fra interventi punitivi del tutto diversi per la specifica ispirazione individuale, paralleli nella loro azionabilità e dotati di una efficienza che attinge ai propositi di rapidità della risposta da parte dell'ordinamento.

Il nuovo ordine sistematico parte dall'assunto che la punizione deve avere come scopo l'inclusività delle persone, ricondurre alle ordinarie relazioni sociali i componenti della comunità, perché solo in questa prospettiva si

conseguo quell'equilibrio nei rapporti in grado di garantire sicurezza sociale e, allo stesso tempo, assicurare la rieducazione sulla base del principio di solidarietà e dignità della persona (5).

Accanto al meccanismo istituzionale di accertamento della responsabilità penale dell'imputato e poi dell'applicazione della pena al condannato, oggi si affiancano sia il meccanismo della rapida applicazione della pena sostitutiva al soggetto condannato da parte del giudice della cognizione sia il sistema della giustizia riparativa, nel suo complesso comprensivo anche della messa alla prova, e nel conciliare le parti in conflitto propone un modello sanzionatorio del tutto inedito per il nostro ordinamento penale.

Bisogna subito affermare che ci troviamo di fronte a un cambiamento culturale radicale della punizione, generato da una maturazione profonda che ha trasformato quelli che una volta venivano definiti benefici penitenziari in prescrizioni affittive che assumono oggi su di sé anche il carico etico istituzionale della pena.

La rivoluzione copernicana avvenuta nel 1975 con la legge sull'Ordinamento Penitenziario ha espresso la sua piena potenzialità soltanto a distanza di diversi decenni dalla sua adozione e dall'integrazione della legge c.d. Gozzini del 1986, allorché la giurisprudenza ha compreso il ruolo elettivo che potevano assumere le misure alternative alla detenzione in carcere e alla detenzione in luoghi diversi dal carcere. Non più misure di natura amministrativa a sostituire la pena, ma vere e proprie pene amministrative dalla giurisdizione penale di tipo prescrittivo, chiamate a mostrare il loro volto affittivo in una diversa e nuova prospettiva di recupero sociale.

L'originario Ufficio di sorveglianza cede il posto al Tribunale di Sorveglianza e con esso lascia trasmigrare tutta la materia nell'alveo della giurisdizione, in cui si afferma, in linea con la Costituzione, i diritti soggettivi della persona e in particolare i diritti di libertà. La giustiziabilità dei diritti, dunque, diventa il nuovo cardine per capire cosa è accaduto al settore esecutivo della pena che trasforma un elemento statico, la pena comminata, in un elemento dinamico, la pena in esecuzione.

Compiuto questo passaggio di valore, un nuovo orizzonte si apre dinanzi al condannato, messo letteralmente "alla prova", nel senso di scontare non una qualsiasi misura, ma una pena in forma diversa da quella prevista dalla norma astratta che disciplina il reato per cui è stato condannato.

La pena extramuraria incontra per la prima volta il sistema di probation di conio anglo-americano nel 1975 recependo soltanto quella ipotesi praticabile nella fase esecutiva, denominandola affidamento in prova al servizio sociale. Per la prima volta l'ordinamento italiano si allontana da un modello di inflessibilità punitiva simbolica per aprirsi a una svolta che nella offerta di una chance al condannato vede il nuovo orizzonte della penalità nazionale.

Questa svolta è resa possibile da una rinnovata lettura dell'art. 27 Cost. dove a essere valorizzato è prima di tutto

il profilo di umanità della pena e poi la "tensione" alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato che assegna una nuova finalità e un nuovo scopo alla pena. Si afferma, in questo modo, la divaricazione tra trattamento penitenziario e trattamento rieducativo (6).

L'istituto giuridico della pena, così reinterpretato dalla moderna lettura dello statuto penale costituzionale, si connota di sfaccettature del tutto nuove e inedite per il circuito della punizione dell'ordinamento italiano. Si tratta, tuttavia, di un primo importante momento di passaggio cui devono seguire altre svolte epocali per registrare quel pieno cambio di strategia culturale nel settore penale.

La vera novità nasce da un paradosso che emerge nel momento più buio della repressione carceraria, quando il terrorismo internazionale suscita un'ondata di criminalizzazione e di carcerizzazione generalizzata. Proprio in questo frangente i sistemi penitenziari europei, sottoposti a incontenibili stati di sovraffollamento, escogitano soluzioni che, più che irrobustire la risposta punitiva, sono costretti ad aprire le maglie a iniziative punitive in forma diversa dal carcere (7).

Si fa strada l'idea che la via d'uscita possa essere proprio il probation che assunto in maniera generalizzata come modello di riferimento può fare fronte alla risposta punitiva compatibile con lo stato di dissesto del sistema delle carceri e che allo stesso tempo può offrire all'opinione pubblica una immagine di rigore in una forma più moderna e accettabile anche da parte dei più riottosi.

Il controllo degli "illegalismi", tratto genetico delle società moderne, abbandona la sponda della funzione carceraria per assumere nella logica penale contemporanea la dimensione punitiva affidata alle "misure probatorie" che surrogano la pena tradizionale (8).

Il nostro ordinamento oggi ha recepito per intero il sistema di probation, seppure limitando le diverse misure di polizia sperimentate in altri Paesi a due sole misure, l'affidamento in prova al servizio sociale e la sospensione del procedimento con messa alla prova, sottoponendole però al controllo della giurisdizione. La presenza del giudice, infatti, è ragione di garanzia assoluta per il rispetto dei diritti fondamentali e offre all'interessato la possibilità di azionare sempre davanti a un giudice i suoi diritti.

Si tratta di due misure che nella sostanza sono connotate dallo stesso contenuto di valore e di azione e identiche nella finalità che l'ordinamento si propone, quello di offrire una occasione di rieducazione al condannato. L'armonia legislativa che si registra all'indomani dell'adozione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'art. 168-bis c.p., offre un quadro di coerenza sistematica a specchio al sistema di probation che compare: sul versante della cognizione, come probation processuale, e su quello della esecuzione, come probation penitenziaria (9).

Appare interessante notare come l'affidamento in prova fu portato avanti da quei giuristi che appartenevano alla stessa stagione culturale della Costituente, quasi un

cordone ombelicale a legare la nuova soluzione normativa all'attuazione del principio di rieducazione della pena. Mentre la messa alla prova, seppure orientata nello stesso senso e seppure legata da una coerenza sistematica con la prima, nasce per esigenze essenzialmente deflattive dei settori giudiziario e penitenziario, recando però con sé irrisolte problematiche di fondo.

3. Un punto di svolta nel percorso del “canone inverso” nel perseguire forme di probation e diversion

Il recente passato consegna alla legislazione penale vigente uno sviluppo che appare coerente con la svolta registrata in materia di pena, quando la spinta deflattiva ha fatto implementare nel sistema processuale forme alternative di giudizio e soluzioni punitive del tutto ignote al nostro ordinamento (10).

Lo scopo che si intravede in tutta la legislazione di questi ultimi venti anni è quello di assicurare l'opera di individualizzazione della pena, finalità dell'impostazione special preventiva indirizzata alla rieducazione della persona prima ancora che del condannato.

Questo nuovo itinerario legislativo impone un riassetto concettuale e sistematico delle molteplici ricadute punitive del reato, tenuto conto del fatto che oggi il giudice si trova a decidere avendo a disposizione uno strumentario molto più ampio del passato, costituito da una pluralità di soluzioni sanzionatorie che possono soddisfare il canone di proporzionalità e adeguatezza della pena al caso concreto.

L'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova della legge n. 67 del 2014 ha segnato effettivamente il confine su un modo nuovo di intendere la pena, orientandola progressivamente con i successivi interventi sanzionatori alla prospettiva costituzionale della rieducazione, non solo del condannato, ma in generale dell'imputato (11). Nonostante le perplessità per questo tipo di assetto funzionale, vale a dire quello di un programma di trattamento rieducativo somministrato a un soggetto che non è stato e non sarà mai condannato, si pensi al principio costituzionale della presunzione di innocenza, questo modo di procedere costituisce, si diceva, senza alcun dubbio l'occasione per ragionare su nuove forme di penalità in una dimensione squisitamente special preventiva (12).

Del resto, il momento centrale della misura è rappresentato dai lavori di pubblica utilità, ormai rubricata come una ipotesi di pena nel nostro attuale catalogo sanzionatorio all'art. 20-bis c.p., che non può mancare nel trattamento rieducativo dettato da giudice e che connota la misura di un effettivo contenuto affittivo riabilitativo, calibrato dalle indicazioni operative dell'art. 133 c.p. (13).

La messa alla prova come probation ante condanna è un campo particolarmente fertile per il legislatore penale che, a partire dalla messa alla prova dei minori del 1988 (14), passando per la sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti, ritorna sul tema introducendo una nuova forma di messa alla prova dei minori,

questa volta da adottare nella fase delle indagini preliminari con il “Percorso di rieducazione del minore” del codice di rito minorile che conduce anch'esso all'estinzione del reato (15).

Si tratta della nuova misura punitiva inserita nel codice di procedura penale per i minorenni all'art. 27-bis c.p.p. dal D.L. detto “Caivano” n. 123 del 15 settembre 2023. La misura, con contenuto chiaramente affittivo, dispone un percorso di rieducazione civico-sociale, sottoponendo il minore ad attività di volontariato o a lavori socialmente utili. La particolare declinazione dei “lavori” ricorda quelli cui venivano un tempo ammessi gli ex detenuti e forse la diversa e impropria denominazione rispetto alla misura del lavoro di pubblica utilità dell'art. 168-bis c.p. intende differenziarli da questi ultimi che sono una vera e propria pena.

È appena il caso di ricordare che la messa alla prova per i minorenni è una misura educativa fondata su sollecitazioni pedagogiche indirizzate a una regolare crescita del soggetto minore e non una misura punitiva destinata alla rieducazione.

Si registra comunque una differenza tra gli interventi del passato e quello che è stato messo in campo con la riforma Cartabia in materia di pena. L'assetto tradizionale mostra nella sua visione di insieme ancora profili di incoerenza, poiché permane il disegno di una vicenda della pena divisa tra la fase della comminatoria e la fase dell'esecuzione, tipico del permanere del processo bifasico, nonostante lo sforzo del legislatore riformatore del D.L.vo n. 150/2022 colga l'esigenza di non dissociare l'unità della risposta punitiva, assolvendo i compiti di irrogazione di una pena in concreto immediatamente eseguibile, senza alcun passaggio ulteriore innanzi a un diverso giudice.

Non molti ricordano che questa esperienza non è nuova nel sistema penale italiano, seppure la norma cui si fa riferimento fu successivamente abrogata e poi ripristinata. Si tratta di quella introdotta con la riforma del Testo Unico sugli stupefacenti, D.P.R. n. 309 del 1990, inserita con la legge 21 febbraio 2006 n. 49, che prevede con i commi 5 e 5-bis dell'art. 73 un quadro sanzionatorio del tutto nuovo alla legislazione di settore.

Viene stabilita, accanto alle altre due ipotesi tipiche di sanzione penale, quali la detenzione intramuraria e la pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità, per effetto di un rinvio normativo sistematico all'art. 54 del D.L.vo 28 agosto 2000 n. 274, legislazione istitutiva della giurisdizione del Giudice di Pace in materia penale (16).

In questo caso, però, il lavoro di pubblica utilità, da sempre considerato una misura sostitutiva, non assume la natura di una sanzione sostitutiva o di una misura alternativa alla pena detentiva, ma rappresentava una nuova specie tipica di pena (detta community service) che si affianca a quelle del catalogo sanzionatorio della legislazione codicistica.

In questo caso l'istanza di applicazione del lavoro di pubblica utilità può essere avanzata alle condizioni stabi-

lite dai commi 5 e 5-bis dell'art. 73 del T.U. n. 309/90, allorché "per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità". Questo retroterra legislativo dimostra che non è mancato nel nostro ordinamento un timido segnale di apertura verso un sistema integrato tra la comminatoria e l'esecuzione, in cui il profilo sanzionatorio e preventivo della pena veniva già esaltato dalla immediatezza della sua attuazione con la pronta risposta rivolta anche a rassicurare l'opinione pubblica.

Il legislatore riformatore oggi ritorna sul tema, ampliandone i confini e inserendovi nuove ipotesi di pena che vanno ad arricchire il catalogo sanzionatorio formale con l'art. 20-bis c.p. le cc.dd. Pene sostitutive alle pene detentive brevi.

La denominazione intende rievocare e riabilitare scelte legislative pregresse che si rinvergono nella trama della prima legge di depenalizzazione italiana la n. 689 del 1981 che tradusse in immediata operatività applicativa tutto il campo delle pene detentive contenute in un arco temporale breve, per evitare che l'ingresso in carcere potesse costituire un rischio per il condannato e subire, all'opposto, un effetto criminogeno dalla realtà intramuraria.

La riforma attuata in questi termini conferisce una dimensione di radicale novità all'intero assetto della penali di epoca repubblicana, nel solco del proposito di aver dato attuazione al principio di rieducazione il cui contenuto, per una precisa scelta dei Costituenti, non è stato compiutamente tracciato dalla Carta.

Sul concetto di rieducazione sono, tuttavia, fiorite elaborazioni teoriche diverse con l'obiettivo di riconoscere una dimensione funzionale alla punizione e sdoganarla dal cieco vincolo retributivo cui è da sempre agganciata per una naturale vocazione di simmetria punitiva e di corrispettività al male commesso (17).

Si tratta senza alcun dubbio di un punto di svolta culturale che mette la parola fine al canone inverso, alla confusione dei concetti, ai segnali conformativi disordinati e contraddittori che si lanciano alla collettività. Il risultato attuale, frutto, dunque, di una lenta e continua evoluzione legislativa che ha fatto avanzare il meccanismo attuativo della pena negli ultimi decenni, è di essere approdato a un modello di pena che ha superato l'idea centrale della limitazione della libertà personale da identificare soltanto con il carcere.

Il nuovo orizzonte dell'afflittività, tuttavia, sarà compiuto ed efficace solo se gli operatori e il sistema di giustizia tutto, saranno in grado di valorizzare i meccanismi concreti, prescrittivi extra murari, vigili, di una nuova dimensione di pena che, pur continuando a imporre afflittività, propone un modello che rispetta prima di ogni altra cosa la dignità della persona e l'umanità della risposta punitiva.

4. Il nuovo catalogo sanzionatorio che introduce le pene sostitutive ovvero le pene-programma

Il momento di estrema novità del sistema punitivo penale italiano è oggi centrato sulla pena-programma (18), dove in una sola dimensione concettuale il legislatore racchiude i propositi di punizione per ciò che è stato commesso e quelli di integrazione sociale e di superamento della recidiva per la vita del futuro del condannato (19).

L'obiettivo è stato assicurato lasciando spazio all'esecuzione della pena all'interno della fase della cognizione del processo penale, anticipando in questo modo la fase della concreta esecuzione e aggirando il processo bifasico che per molti decenni ha paralizzato i Tribunali di sorveglianza. Questa scelta, oltre a rimarcare l'idea di una punizione che tempestivamente segua alla commissione del reato, mette in evidenza la disponibilità del condannato ad intraprendere senza alcun intervallo temporale un percorso di tipo rieducativo-riabilitativo, fornendo quella giusta chiave di lettura a un sistema che intende riformarsi sulla rapidità della risposta sanzionatoria e sulla certezza dei tempi del processo e della certezza della esecuzione della pena.

Le nuove pene sostitutive sono:

- semilibertà sostitutiva e detenzione domiciliare sostitutiva
- per la condanna alla reclusione o all'arresto non superiore a quattro anni;
- lavoro di pubblica utilità sostitutivo
- per la condanna alla reclusione o all'arresto non superiore a tre anni;
- pena pecuniaria
- per la condanna alla reclusione o all'arresto non superiore a un anno (20).

Un principio di carattere generale che riguarda la misura della durata che il legislatore assegna alla pena detentiva, quale canone di riferimento ordinamentale, è che viene considerata breve quella pena detentiva che in concreto è contenuta nel massimo a quattro anni.

Questa parametrizzazione non rappresenta tuttavia una novità, perché la misura dei quattro anni è stata introdotta con la messa alla prova degli adulti e si è allineata con quella relativa alle misure alternative alla detenzione, dove, in particolare per l'affidamento in prova, è stato elevato il limite da tre a quattro anni così come è stato allineato a questo limite il periodo di sospensione dell'esecuzione del relativo titolo esecutivo per potervi accedere.

In definitiva, la quantità di pena dei quattro anni da scontare è diventata comune a tutte le pene e le misure segnate da una durata tale da evitare la detenzione intramuraria carceraria e che oggi la legge le caratterizza definendole "brevi".

In questo modo è mutato anche il concetto di brevità che, invece, la legge di depenalizzazione del 1981 riservava alle condanne a pena detentiva, sia reclusione sia arresto, contenuta nel massimo dei due anni (21). L'operazione di innalzamento del limite di pena modifica in realtà

anche un altro profilo, quello della parametrizzazione della gravità del fatto commesso nella complessiva scala punitiva contenuta nel codice penale, dal momento che quella gravità del reato oggi trova il proprio confine definitorio spostato più in avanti di due anni.

Si tratta, naturalmente, di una pena in concreto, per cui il giudice sarà chiamato volta per volta a formulare il giudizio di gravità ponendo poi in comparazione il fatto commesso con la predisposizione dell'imputato alla sua rieducazione, al fine di ottenere costi individuali e sociali contenuti pur assicurandone la necessaria punizione.

I vantaggi di una soluzione di questo tipo sono diversi e tutti nel solco della finalità costituzionale della pena, nel contempo di risocializzazione e abbattimento della recidiva. La nuova visione sistematica del settore sanzionatorio elimina un passaggio eventuale – anche se puntualmente attivato dai soggetti condannati-, quello del Tribunale di sorveglianza, per l'applicazione in concreto della pena e affida il percorso rieducativo programmatico a quello stesso giudice che ha conosciuto e giudicato il fatto illecito commesso e, per questo, lo ha sanzionato.

Lo stesso giudice, così procedendo, ha la possibilità di individuare prima di tutto la specie di pena più aderente al caso sottoposto alla sua valutazione, per poi stabilire la misura della pena valutando la personalità dell'imputato in rapporto alla gravità del fatto commesso e alle condizioni che hanno portato a quell'evento come indicato nell'art. 133 c.p.

Il raccordo tra responsabilità penale colpevole e risposta sanzionatoria assume un ruolo centrale in questo nuovo spettro della punibilità e non attiva quelle derive che ipotizzano benefici o ricadute premiali, ma una rigorosa reazione sanzionatoria esattamente proporzionale alla lesione inferta alla comunità dal reato. Evitare lo scollamento nella vicenda complessiva della pena, che infrangeva la sequenza ordinata prescritta dall'art. 27 Cost., risolve quella distanza temporale che favorisce l'ingenerarsi nel condannato della convinzione di un'impunità che può spingere alla recidiva (22).

In questo modo si recupera la prontezza e la tempestività della punizione legata al reato commesso e la pena in esecuzione fornisce la migliore risposta da parte di un sistema vigile e attento all'osservanza della legge, anche con ricadute positive sul profilo preventivo della pena perché efficacemente rivolto alla dissuasione.

L'effetto deterrente di questa immediata applicazione della pena è contenuto anche nella forma di controllo che il condannato subirà durante la sua esecuzione che in realtà è un percorso di prova, un programma convenuto da seguire, sempre rivedibile, sempre revocabile, con il ritorno alla pena sostituita, e sempre sanzionabile ex sé, sotto il coordinamento dell'UEPE.

Il monitoraggio affidato all'UEPE come community service è appunto funzionale all'abbattimento della recidiva sempre in agguato nel sistema bifasico, in cui il condan-

nato non viene posto subito nell'area di esecuzione della pena, ma a distanza talvolta anche di molto tempo, fino a generare percorsi di ulteriore desocializzazione.

Le pene sostitutive così ipotizzate contengono nel loro ambito di coerenza sistematica le ragioni dell'alternatività e della flessibilità, soprattutto per la semilibertà e la detenzione domiciliare. Infatti, pur essendo entrambi applicabili per la medesima durata della pena, il giudice è chiamato a fare ricorso a quella più adatta al soggetto destinatario, a quella più aderente alla personalità del condannato che voglia intraprendere un serio e impegnativo percorso rieducativo.

Queste pene, comunque limitative della libertà personale, sono connotate anche da un grado di permanenza inframuraria, differenziato a secondo della personalità del condannato e della sua pericolosità sociale, con l'obiettivo di mirare a un "sicuro ravvedimento" della persona.

L'aspetto della pericolosità sociale, si legga più correttamente pericolo di recidiva, nella fase della comminatoria, viene controllato e messo a punto direttamente dal giudice della cognizione che dispone della completa informazione di tutta la vicenda penale che ha coinvolto il colpevole e, seguendo la logica dell'art. 133 c.p., ha anche la possibilità di percepire la condotta di chi è proclive a delinquere per decidere se adottarle o negarle per affidarsi alla disciplina tradizionale.

Tra le nuove pene, così come accade con le misure alternative alla detenzione, sussiste, quindi, una implicita relazione di progressiva riduzione del carico affittivo che si circoscrive fino alla fuoriuscita dal percorso punitivo, senza trascurare che superata la metà della durata è possibile accedere alle misure alternative negate in una prima fase dell'esecuzione.

Pertanto, il sistema della moderna punizione viene progettato nel modo che segue.

Le pene sostitutive "possono" essere inflitte dal giudice della cognizione, non è infatti un obbligo derivante dalla legge quello di applicarle comunque, evidentemente vi deve essere la richiesta o la disponibilità a subirle da parte dell'imputato.

Questo comporta che le pene sostitutive non possono concorrere immediatamente con le misure alternative alla detenzione, come punto di virtuale intersecazione tra le due vicende punitive, ma mostrano un perfetto parallelismo con rapporti di sussidiarietà a seconda del rito (diversion) scelto dall'imputato.

Nel primo caso il titolo esecutivo già contiene la pena da eseguire, nel secondo caso il titolo esecutivo si forma solo dopo il giudizio di cognizione e la pena viene messa in esecuzione secondo il modello operativo tradizionale.

Le misure alternative, quindi, non possono sostituire le pene sostitutive.

Queste ultime vengono inflitte direttamente dal giudice della cognizione in un'udienza definita di sentencing, in cui accerta la responsabilità definendo in quella fase

particolarmente contratta del processo penale, come stabilisce l'art. 545-bis c.p.p.

La semilibertà era originariamente prevista dalla legge n. 689 del 1981 come sostitutiva della pena di anni 1 (oggi espressamente abrogata), successivamente, nel 2003, fu portata ad anni 2, ma non ha mai ricevuto quel gradimento tale da renderla utile per esigenze di tipo deflattivo e rieducativo insieme. L'intento era di evitare, come si è detto, la reclusione inframuraria breve che aveva dimostrato avere effetti criminogeni e desocializzanti più che riabilitativi, in un orizzonte culturale ben distante da quello che oggi assegna a sé stesso l'ordinamento.

In questo modo, nell'intento di dare maggiore spazio alle pene sostitutive, si è allargata la forbice tra pena immediatamente applicabile e sospensione condizionale della pena a favore della prima. L'immediata applicazione risolve anche il problema della rapida risoluzione degli effetti di una pena che grava sul futuro del condannato, il quale non dovrà attendere i cinque anni per ottenere l'estinzione del reato.

Questa soluzione sembra più ispirata a finalità retributive e di corresponsività piuttosto che meramente rieducative, anche se la chance che l'ordinamento offre al condannato è insita nel programma che il giudice previamente richiede all'UEPE circa la sua esecuzione. La scelta raccoglie anche profili di prevenzione generale positiva, poiché viene offerta all'imputato la possibilità di risolvere rapidamente il processo e di riallinearsi prontamente ai valori dell'ordinamento lesi, avendo riguardo a rimuovere pesi e condizioni future sulle sue esigenze di libertà.

Questa soluzione giova anche alla competenza del Tribunale di sorveglianza chiamato in maniera più limitata ai suoi compiti di controllo o di concessione delle misure alternative. Mentre invece il magistrato di sorveglianza è chiamato dall'art. 62 a vigilare e gestire l'esecuzione delle pene detentive brevi, allorché il P.M. notifica la sentenza al predetto e al condannato.

Le pene sostitutive, si veda anche i lavori di pubblica utilità e la pena pecuniaria, intervengono anche nel caso dei procedimenti speciali dove non si ha riguardo alla pena edittale come limite, ma alla pena in concreto irrogabile. L'intento è quello di incentivare i riti alternativi al procedimento ordinario e di lasciare libero il campo alla cognizione completa per reati di sicura gravità, celebrati anche nel caso il giudice non intenda accedere alle richieste di pene sostitutive mancando il presupposto della disponibilità alla risocializzazione, che assorbe le maggiori risorse umane e materiali.

La vera scommessa sulla praticabilità a pieno regime della riforma si gioca sul tavolo della prassi, su cui le parti processuali devono convintamente coltivare le ragioni deflative e rieducative che sono poste alla base della riforma. Occorre, peraltro, una spinta di carattere organizzativo che tenda a superare l'impasse che potrebbe registrarsi nella gestione dei fascicoli processuali e nei rapporti tra

gli uffici chiamati a convergere sul nuovo sistema sanzionatorio. Ecco che la buona pratica che si sta coltivando con la nascita dei Protocolli di intesa per ridurre i tempi morti delle procedure potrebbe favorire ulteriormente lo sviluppo di una prassi virtuosa che possa favorire una decisa svolta culturale sul terreno della punizione (23).

È pur vero che un protocollo siglato tra enti rappresentativi privati e pubblici non hanno rango normativo, ma la scelta di affidarsi a questi strumenti dotati di maggiore flessibilità potrebbe fornire la risposta a esigenze e necessità di carattere puramente organizzativo nel settore giustizia. L'unico problema è costituito dalla disomogeneità dei diversi accordi protocollari sul territorio che potrebbero rendere, non solo un servizio ineguale ai cittadini e agli addetti ai lavori, ma anche difficile l'accesso ai vari servizi e ai loro tempi per coloro che vivono fuori dal contesto territoriale di applicazione.

Vi è un aspetto interessante, inoltre, che potrebbe essere foriero di sviluppi sul versante del rapporto tra condanna e confisca, tenuto conto del fatto che la legge Cartabia ha introdotto una soluzione ulteriore per ingolosire l'imputato a scegliere il rito della pena applicata su richiesta delle parti dell'art. 444 c.p.p.

La confisca facoltativa, e solo questa, può essere negoziata ed esclusa nel caso venga ammesso il rito del patteggiamento allargato, vale a dire di applicazione di una pena fino a 5 anni di pena in concreto. Tuttavia, la scelta legislativa, nell'escludere la confisca nel caso di una sentenza che è solo equiparata a sentenza di condanna, ma che non svolge alcun effetto su conseguenze accessorie perché priva di accertamento della responsabilità, apre un nuovo orizzonte sulla necessità che vi sia stata alla base una condanna penale comprensiva dell'accertamento della responsabilità dell'imputato e non che si escluda la sua responsabilità per effetto dell'art. 129 c.p.p., come nel caso dell'art.478-bis c.p.p. in caso di amnistia e prescrizione intervenuta nel grado di appello.

Una tale previsione potrebbe, in realtà, dispiegare un effetto espansivo su tutta la legislazione che regola i rapporti tra effetti civili della sentenza penale di condanna e confisca.

5. La giustizia riparativa come strumento per la cessazione del conflitto e come ipotesi di sanzione intranea al procedimento

L'auspicio che nutre qualsiasi ordinamento statale è la pace sociale e che non insorgano conflitti tra i consociati oppure che i conflitti possano essere sedati con il ristabilimento di quell'equilibrio che ricostituisce legami personali e preserva l'integrità dei diritti dei consociati (24).

Il diritto penale liberale è la materia dei conflitti sociali e degli illegalismi formalizzati in norme giuridiche, regole che ne definiscono gli elementi costitutivi e ne stabiliscono le conseguenze sanzionatorie, chiamate a punire la lesione di quei valori che l'ordinamento intende proteggere con la norma penale.

Esistono ipotesi di conflitto che vedono contrapposti interessi individuali i cui termini sono le due persone che controvengono su una vicenda che le coinvolge ovvero una persona e dall'altro lo stato che intende proteggere un interesse della collettività.

Il meccanismo della giustizia riparativa che si esprime nello svolgimento di una procedura standardizzata intende incidere in primo luogo sul conflitto insorto tra persone, ma tenendo nel debito conto anche l'ipotesi del conflitto tra persona e ordinamento (25). Non a caso l'art. 44 del D.L.vo n. 150/2022 sancisce che la procedura della giustizia riparativa avviene "senza preclusioni in relazione alla fattispecie del reato o alla sua gravità", come del resto implicitamente confermato dalla vasta gamma delle categorie dei rappresentati degli interessi collettivi offesi indicate nella lett. c) dell'art. 45 D.L.vo n. 150/2022.

Questa procedura introdotta con l'art. 42 dalla legge Cartabia intende assolvere a un duplice ruolo ordinamentale: estinguere il conflitto recuperando la pace sociale – estinguere i processi penali che finiscono per acuire i conflitti e aumentare il carico della giustizia (26).

Si tratta di un progetto ordinamentale complesso, dove si intersecano la domanda di giustizia e la risposta che non avrà l'attesa iniziativa punitiva classica, ma che impone un percorso che estingue la domanda ed estingue l'ostilità, il cui esito diventa determinante per la sorte del processo penale. Una forma di giustizia fondata sul superamento della pena come simmetrica corresponsività, per aprire le maglie a una pena agita imperniata sull'impegno del colpevole, in una evidente direzione di natura preventiva e comunque di reintegrazione sociale (27).

La giustizia riparativa, infatti, è una procedura eventuale e accessoria, talvolta estintiva delle ragioni del conflitto, altre volte semplicemente mitigatrice delle ragioni della punizione per il ravvedimento e la respicenza del colpevole che vedrebbe sopraggiungere come effetto il depotenziamento della risposta punitiva.

Alla base di questa scelta legislativa vi è certamente una convinzione di carattere ideale, per taluni utopistico, per altri meramente deflattivo pur di giungere alla definizione di un carico giudiziario divenuto intollerabile nella sua gestione e che ha visto premiare l'ultima scelta legislativa con contributi finanziari europei.

Va opportunamente precisato che la procedura riparativa è cosa del tutto diversa dalle forme di riparazione di cui ha fatto esperienza il servizio sociale negli ultimi anni con il complessivo sistema di probation. Quest'ultimo ha come obiettivo un programma di rieducazione fondato sul rispetto di un impegno cui sopravviene, al suo positivo esito, la pronuncia della sentenza del giudice che dichiara estinto il reato o la pena. Nel caso della procedura riparativa viene a cessare la pretesa punitiva attraverso l'estinzione del processo per la risoluzione del conflitto attraverso il dialogo facilitato dal mediatore.

Sebbene, taluni contenuti operativi siano comuni, la differenza tra le due procedure è sostanziale.

I reati puniti a querela della persona offesa potranno trovare l'esito riparativo nella remissione della querela e la successiva estinzione del processo penale; laddove si tratti di un reato senza vittima, il processo penale dovrà certamente proseguire, ma la risposta sanzionatoria potrà essere mitigata. Così come una mitigazione punitiva con la concessione di misure alternative meno affittive potrà trovare luogo nella fase di esecuzione della pena al termine di un percorso proficuo di giustizia riparativa.

Dunque, sul piano processuale la fase di merito registrerà una sospensione, e con essa la sospensione del decorso della prescrizione, in attesa degli esiti del percorso riparativo e della mediazione che lo indirizza; nella fase della esecuzione gli esiti si sostanzieranno nella forma espiativa più adeguata alla riparazione raggiunta.

L'interrogativo che resta sospeso a mezz'aria riguarda la spontaneità, la sincerità e la leale collaborazione del colpevole che potrebbe essere motivato solo da interesse opportunistico volto a rimuovere il procedimento penale a suo carico e le eventuali effetti dannosi di una condanna (28). Sul punto la Relazione al D.L.vo n. 150 del 2022 precisa che la giustizia riparativa non deve: ".....essere confusa con gli strumenti del trattamento penitenziario ma nello stesso tempo obbliga le autorità pubbliche a favorire, proprio nella cornice tracciata dal trattamento, il ricorso libero e spontaneo a percorsi di giustizia riparativa". Da qui, la domanda cui la prassi dovrà fornire una più affidabile risposta: in questo modo si è rimossa la ragione del conflitto? Si è ricostituita la pace sociale nelle relazioni tra persone che continuano a condividere la vita nel medesimo contesto sociale? Seppure la giustizia riparativa rientri nel ventaglio di possibili soluzioni processuali alternative, essa preserva o garantisce il vincolo di spontaneità che dovrebbe rappresentare uno dei presupposti applicativi del nuovo istituto? A prevalere non sarà l'interesse a ottenere il vantaggio di evitare il giudizio cedendo opportunisticamente alle ragioni della vittima?

Negli ordinamenti laici il quesito può generare un serio dubbio. Non così nell'ordinamento canonico della Chiesa cattolica, ad esempio, dove il fondamento dogmatico restituisce una diversa declinazione del tema, in termini di spontaneità, di certezza e di risoluzione definitiva dei conflitti: "Al contrario di quella prevista dal legislatore statale, la pena canonica ha sempre un significato pastorale e persegue non solo una funzione di rispetto dell'ordinamento, ma anche la riparazione e soprattutto il bene dello stesso colpevole. Il fine riparativo è volto a ripristinare, per quanto possibile, le condizioni precedenti alla violazione che ha perturbato la comunione" (29).

In questo caso la risposta trova la sua matrice argomentativa non già nella pace sociale, vista come ripristino di una pacifica convivenza solidale, bensì come spinta morale a ricostituire la necessaria comunione tra fratelli

nella fede, da qui la naturale spontaneità che nasce dalla consapevolezza di aderire al messaggio cristiano.

Perdonare tuttavia non equivale a dimenticare, lasciare che l'oblio annulli la responsabilità, giudicare è sì perdonare ma responsabilizzando il colpevole del proprio gesto e impegnandolo in futuro (30).

Vi è però un aspetto tenuto in ombra dai primi approcci alla giustizia riparativa. Scomparsa la figura centrale del giudice e quella dei difensori delle due parti in causa, il procedimento è gestito dal mediatore il cui compito è di far emergere le ragioni del conflitto per superarle per "pacificare senza decidere" (31).

Sarebbe, però, fuorviante immaginare la giustizia riparativa come una sorta di "camera del perdono" con profili premiali e non, come deve essere considerata, una occasione in cui lo stato rinuncia alla pena corrispettiva per adottare una strategia che tenga insieme le ragioni della punizione e le ragioni della prevenzione. La riparazione non è una vuota formula che sfuma in una dimensione dialogica, ma vuole affermarsi come un modo diverso di amministrare giustizia che non può essere limitata a scuse formali o vuote frasi di rito (32).

6. La funzione del mediatore quale facilitatore del dialogo

Il mediatore non celebra un processo, non è terzo, è solo un professionista istituzionale che indirizza il dialogo tra soggetti in conflitto per spegnerlo (33). La legge italiana ha adottato un modello di giustizia riparativa con adempimenti prescrittivi, un modello chiamato comunque a imporre una riparazione, iniziative afflittive, corrispettive, dunque, un percorso di espiazione in senso lato. È pur vero che il legislatore non ha replicato pedissequamente, come dopo si dirà, i vari adempimenti prescrittivi previsti al comma 2 dell'art. 168-bis c.p. da inserire nel programma di trattamento rieducativo che regola la sospensione del procedimento con messa alla prova, ma è del pari vero che questa forma di riparazione non rinuncia ad imporre un orizzonte dal sapore retributivo.

Nella riparazione, infatti, è insita, è consustanziale, una componente di tipo afflittivo-punitivo che si concretizza nella rinuncia delle due parti alla propria posizione di contrapposizione e, soprattutto, la mediazione può avvalersi di strumenti inseriti in un programma riparativo, elemento cardine dell'art. 56 del D.L.vo n. 150/2022 "Disciplina degli esiti riparativi" (34).

Accanto all'ipotesi di riparazione simbolica, il comma 3 della disposizione prevede la possibilità di adottare forme di riparazione che definisce come "materiali": "Lesito materiale può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori".

Per cui, nel programma riparativo compaiono le medesime iniziative corrispettive che si ritrovano nella messa alla prova, seppure in maniera più limitata, questa volta

però gestite dal centro di mediazione e non dal servizio sociale (35). E si tratta di un modello di riparazione debole che mette insieme i caratteri del modello corrispettivo con forme di intervento conciliativo a sfondo morale, etico, civico, dove il tratto che immediatamente emerge è quello della mortificazione personale.

Non vi è dubbio che questa soluzione presenta aspetti punitivi, afflittivi, la stessa mortificazione morale è il riconoscimento di una propria debolezza, di una mancanza che si esprime in forme di aggressività sociale, dove la corrispettività è insita nel dover riconoscere l'errore e le ragioni dell'altro, riconoscendo la infondatezza delle proprie e l'inadeguatezza delle proprie reazioni. Nello specchio di queste considerazioni rientra anche la riparazione nella fase esecutiva post-condanna, quando il Tribunale di sorveglianza è chiamato a vagliare i presupposti per concedere una misura alternativa alla detenzione con l'ausilio dell'indagine sociale e lo studio della personalità condotta dall'UEPE. In questo caso il legislatore si è limitato a formalizzare con un autonomo percorso riparatorio tutti quegli "adempimenti fattivi" che in precedenza erano proposti al condannato per fruire delle pene scontate in forma diversa (le misure alternative alla detenzione). Resta sedimentata, infatti, nell'esperienza della giurisprudenza della sorveglianza la sollecitazione a ricomporre la frattura che il reato ha prodotto e a indennizzare in qualche misura la vittima e, comunque, a dimostrare, che la condotta di vita e lo stesso atteggiamento personale nei confronti della comunità è radicalmente cambiato rispetto alla condotta di vita precedente alla commissione del reato.

Non mancano certo dubbi sulla praticabilità in concreto della giustizia riparativa che non voglia trasformarsi in una soluzione premiale, ma che sia autentica, spontanea, e libera adesione alla rimozione delle ragioni del conflitto.

Spetterà ai mediatori il compito di non burocratizzare il procedimento e alla loro capacità tecnica di gestire il confronto, in un momento storico in cui la società contemporanea sta smarrendo il senso di comunità e non riesce a ritrovare, anche da un punto di vista ideologico, culturale, le ragioni di una convivenza solidale. Lo smarrimento di percorsi etici, laici o canonici che siano, mettono in evidenza la lesione e la crisi dell'operatività delle reti sociali che hanno perso il ruolo di punti di riferimento e di presidi di valore cui conformarsi anche come impegno morale per la collettività. Ora lo scontro si radicalizza sui consumi, i bisogni indotti e sulla prevaricazione personale come dimostrazione di forza e rappresentazione di una superiorità che deriva da modelli alternativi a quelli condivisi. Questo è l'ostacolo maggiore a soluzioni riparatorie che si affidano a programmi puramente simbolici, più difficilmente superabili da chi segue stereotipi diversi, egoistici e devianti.

Basta osservare tutta la gamma dei reati commessi con il mezzo della Rete per convenire che questo sistema di giustizia può adattarsi a conflitti che insorgono sul piano

virtuale e che l'incontro in presenza potrebbe senza alcun dubbio favorire una soluzione pacificatrice.

Se lo svolgimento del programma di giustizia riparativa viene sempre guardato nella sua positiva prospettiva di successo dell'obiettivo di riconciliazione, manca del tutto l'indagine sugli esiti negativi, quando il programma potrebbe non essere portato a termine o interrotto o, ancora, la vittima o l'offeso non abbiano proficuamente partecipato alla procedura ovvero si siano sottratti volontariamente e immotivatamente alle iniziative proposte di ricomposizione della crisi.

Gli artt. 57 e 58 del D.Lgs. n. 150/2022 indicano, entrambi al comma 2, che gli effetti negativi non saranno tenuti in alcun conto dal giudice alla ripresa del procedimento penale sospeso. Tuttavia, una lettura delle norme orientate a valorizzare la condotta ex post del reato suggerisce che il giudice, tenuto conto che il programma non ha sortito effetti riparatori, valuterà il comportamento dell'imputato alla luce dei parametri dell'art. 133 c.p. per la determinazione del tipo e della misura della pena.

Si tratta in questo modo di valorizzare la predisposizione dell'imputato a intraprendere percorsi rieducativi, quando, ad esempio, la vittima abbia assunto un atteggiamento di aperta avversione o di irragionevole chiusura a soluzioni conciliative sollecitate dal mediatore, radicalizzando con il suo atteggiamento le ragioni della vendetta o di malinteso orgoglio.

Naturalmente solo la prassi potrà garantire una messa a fuoco migliore di un dettato legislativo che non ha espresso fino in fondo la prospettiva della sua portata applicativa, a fronte di un nuovo modo di intendere la giustizia che vuole perdere i connotati esclusivi di pura corrispettività. E il nuovo sistema punitivo "messo alla prova" fornirà la risposta sulla praticabilità di tali programmi riparatori che non si dovranno risolvere soltanto in una via d'uscita dal sistema di giustizia verso orizzonti operativi puramente deflattivi.

NOTE

(1) *Atti della Costituente*, C.C., 1° S., vol. VI, 10 dicembre 1946, pag. 770, ora in ALDO MORO, *Scritti e discorsi*, vol. I, 1940-1947, Edizioni Cinque Lune, pag. 382.

(2) A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Giappichelli, Torino, 2023.

(3) A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016.

(4) L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo*, in *Rass. penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002; P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000.

(5) G. MARTIELLO, *La giustizia riparativa si fa "sistema": un primo sguardo alle disposizioni in materia del D.Lgs. n. 150/2022*, in *questa Rivista*, 2023, pag. 763.

(6) L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015.

(7) R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, Cedam, 2007.

(8) M. FOUCAULT, *Alternative alla prigione*, Neri Pozza, Vicenza, 2022, pag. 24.

(9) P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Ed. Dike, Roma, 2016; VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

(10) F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012.

(11) R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2015; V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora le criticità?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2015; V. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Esi, Napoli, 2017.

(12) O. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: un istituto da riformare*, Pisa University Press, Pisa, 2019.

(13) G. AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida al Diritto*, n. 21, 2014.

(14) E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

(15) A. NATALINI, *Messa alla prova su input del PM per il reinserimento del minore*, in *Guida al Diritto*, n. 37, 2023.

(16) P. TRONCONE, *Il lavoro di pubblica utilità. Effettività e integrazione sociale della pena*, in *questa Rivista*, 2008.

(17) M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 dicembre 2022, pag. 11.

(18) L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *www.discrimen.it*, 31 marzo 2021.

(19) F. PALAZZO, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983; F. PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7 luglio 2021; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021; B. ROMANO, *La riforma del sistema penale secondo la commissione Lattanzi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23 giugno 2021; AA.VV., *La riforma Cartabia*, in SPANGHER G. (a cura di), *Pacini Giuridica*, Pisa, 2022.

(20) A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27 dicembre 2022; A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021 n. 134, c.d., Riforma Cartabia*, in *Pen. dir. e proc.*, 2022; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive. La svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2 settembre 2021; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20 gennaio 2022.

(21) E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nella esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989.

(22) A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

(23) V. BOVE, *Analisi delle linee guida e dei protocolli adottati in tema di messa alla prova per gli adulti*, in *www.scuolamagistratura.it*.

(24) AA.VV., *Punire Mediare Riconciliare, Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, in FIANDACA G. - VISCONTI C. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009; R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *www.sistemapenale.it*, 29 novembre 2022; M. CARTABIA - A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*

ne, Giunti Editore, Milano, 2020; G.P. DE MURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019; M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017; F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in MANNOZZI G. – LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015; F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 31 dicembre 2022.

(25) Esempio dal profilo problematico appare la pronuncia della Corte di Appello Milano, sez. V, 12 luglio 2023, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

(26) M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in MANNOZZI G. – LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.

(27) M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in A. BONDI – G. FIANDACA – G. P. FLETCHER – G. Marra – A.

M. STILE – C. ROXIN – K. VOLK, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 2020, pag. 389.

(28) M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, Torino, 2011.

(29) Papa Francesco, seppure rimarchi la specificità della sanzione penale canonica, spinge lo sguardo sul tema generale della finalità della pena nel Discorso ai partecipanti alla sessione plenaria del Pontificio Consiglio per i testi legislativi, 21 febbraio 2020; L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena*, Morcelliana, Brescia, 2022.

(30) J. JRISTEVA, *La notte della giustizia all'alba del perdono*, EDB, Bologna, 2018, pag. 9.

(31) R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, fasc. 2, 2023, pag. 21.

(32) F. GIUNTA, *La giustizia "de-punitiva": contrizione e riconciliazione*, in *www.discrimen.it*, 2 settembre 2023.

(33) M. MARTELLO, *Una giustizia, alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Edizioni Paoline, Milano, 2022.

(34) L. EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *www.discrimen.it*, 3 ottobre 2023.

(35) M. BOUCHARD – G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori Bruno, Milano, 2005.