

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO SECONDO

LA FISIONOMIA DELLA PENA NELL'ORDINAMENTO VIGENTE

SOMMARIO: 1. Prevenzione generale, retribuzione e prevenzione speciale nell'evoluzione del sistema, dal codice Rocco alla Costituzione. – 1.1. Portata e limiti dell'art. 27, co. 3, Cost. – 2. Le funzioni della pena secondo le fasi della sua dinamica. – 3. L'odierna fisionomia della pena: dalla riforma del 1974 ai giorni nostri. – 4. La giustizia riparativa.

1. *Prevenzione generale, retribuzione e prevenzione speciale nell'evoluzione del sistema, dal codice Rocco alla Costituzione.*

Qualsiasi sistema penale finisce per fare i conti con i tre filoni in cui si sono storicamente organizzate le diverse filosofie della pena, rispettivamente ispirate all'idea della *retribuzione*, a quella della *prevenzione generale*, a quella della *prevenzione speciale* (*supra*, *Introduzione*, III, 2).

Come si è già sottolineato, queste fondamentali opzioni teoriche (o, se si vuole, *ideologiche*) sull'essenza e sul fondamento della pena, in quanto frutto della sedimentazione storica di bisogni e atteggiamenti culturali, spesso in tensione fra loro, convivono irriducibilmente nell'esperienza giuridica attuale. Il nostro ordinamento giuridico, per altro, appare caratterizzato da una sorta di «svolta» – assai significativa, in termini ideologici, ma solo parzialmente assecondata dalla legislazione ordinaria e dalla prassi – in ordine ai fini della pena; svolta databile con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Il codice del 1930, come sappiamo (v. *supra*, Parte 1^a, I, 4), aveva esplicitamente «scaricato» sul sistema delle *misure di sicurezza* (*infra*, Parte 6^a, Sez. 2^a, I) le forti istanze special-preventive, presenti negli atteggiamenti

culturali del tempo – soprattutto nell’area della dottrina positivista – accentuando in misura straordinaria, e del tutto esplicitamente, i fini di *prevenzione generale* assegnati alla pena, fino ad inglobare in questi la stessa funzione *retributiva*¹. Il codice, per altro, come pure si è avuta occasione di rilevare (Parte 1^a, I, 4), non solo evitava di prendere apertamente posizione a favore dell’una o dell’altra teoria penale; ma lasciava comunque affiorare taluni elementi di *prevenzione speciale*: in particolare (ma con esclusivo riferimento ai minori) nell’oggi abrogato art. 142, che indicava la «rieducazione morale» come obiettivo concorrente della esecuzione della pena; nelle previsioni degli artt. 163 e segg., 169; nel 2° comma dell’art. 133. Quanto poi al principio retributivo, senz’altro decisivo nella prassi applicativa della pena, non solo esso è sottinteso nell’impianto generale del codice; ma la sua valenza è resa manifesta nella formulazione del 1° comma dello stesso art. 133, che impone al giudice di ricercare gli indici di graduazione della pena innanzitutto nella «gravità» del reato, desunta dall’entità dell’offesa arrecata e dal disvalore della condotta in termini sia oggettivi che soggettivi.

Questo tipo di equilibrio tra le diverse finalità della pena, contrassegnato dalla preminenza della funzione general-preventiva e dal ruolo del tutto marginale della prevenzione speciale, appare completamente ribaltato nel 3° comma dell’art. 27 Cost., là dove esso stabilisce che le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». Al di là della reale portata e dei limiti di praticabilità del principio «rieducativo», sta di fatto che l’opzione ideologica non potrebbe essere più esplicita. Lo stesso art. 27 Cost., nell’enunciare il divieto di trattamenti «contrari al senso di umanità» e il contestuale ripudio della pena di morte, marca ulteriormente il distacco del sistema costituzionale del diritto penale, sia da ogni forma di esasperazione della funzione general-preventiva che dall’assolutezza del principio retributivo. Soprattutto a partire dagli anni ’70, le indicazioni del costituente hanno trovato parziale attuazione nella legge ordinaria, attraverso una serie di modifiche ed integrazioni del sistema sanzionatorio. Di esse diremo subito. È opportuno, però, dare preliminarmente conto dei risultati a cui è frattanto pervenuto il dibattito culturale sulle funzioni della pena e sul significato del principio stabilito nell’art. 27, 3° co., Cost.

1.1. Portata e limiti dell’art. 27, co. 3, Cost.

All’iniziale atteggiamento culturale che, in base ad una interpretazione marcatamente riduttiva dell’art. 27 Cost., assegnava ai principi ivi enunciati

¹ Cfr. *Relaz. del Guardasigilli al re*, in *Lav. Prep.*, cit., VII, 16.

il valore di una indicazione meramente tendenziale, esclusivamente riferita alle modalità *esecutive* della sanzione penale, è ormai subentrato il prevalente riconoscimento che al dettato costituzionale sui fini della pena debba assegnarsi la portata di un principio innovativo, suscettibile di spiegare i suoi effetti in tutte le fasi che caratterizzano la dinamica del sistema sanzionatorio: dalla comminatoria all'applicazione e, ovviamente, alla esecuzione della pena².

Il punto nodale nella ricostruzione di una fisionomia aggiornata della pena è costituito, naturalmente, dalla elaborazione dei contenuti della rieducazione, prospettata dal legislatore costituente come finalità primaria delle pene. Che cosa il legislatore costituzionale abbia inteso per «rieducazione», e quali siano gli strumenti per la sua realizzazione è, per altro, strettamente dipendente dal contesto ordinamentale e, quindi, dai risultati che l'interpretazione sistematica della stessa Costituzione può suggerire. La fisionomia della pena, infatti, non può non essere omogenea alla fisionomia generale dell'ordinamento giuridico, così come delineato dalla Costituzione.

L'insieme dei principi costituzionali che consentono di conferire al nostro ordinamento la qualificazione di stato sociale di diritto (artt. 2, 3, 4, 19, 21, 34 Cost.), che nel loro insieme garantiscono l'autonomia e la dignità dell'individuo e lo sviluppo della sua personalità all'interno di una prospettiva solidaristica, legittimano l'accezione del concetto di rieducazione nel significato di **recupero sociale**, o, come anche si dice, di **ri-socializzazione**. L'assunzione di quei principi come punti di riferimento normativo per l'interpretazione della funzione «rieducativa» della pena induce, infatti, ad escludere che la rieducazione includa un significato di emenda morale e assuma, comunque, dimensioni eticizzanti: il sistema costituzionale vigente – caratterizzato in senso laico e pluralistico – non sembra infatti compatibile con il perseguimento di finalità etiche, e tanto meno con l'affidamento di scopi del genere alla coazione penale.

Al tempo stesso, proprio il rispetto – anch'esso costituzionalmente garantito nel modo più solenne – dell'autonomia morale dell'individuo implica l'adesione del soggetto all'opera di «rieducazione» ed esclude, pertanto,

² Anche la C. Costituzionale ha avuto occasione di precisare che la destinazione della pena alla rieducazione, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena (...) e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo 'tendere' vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quelle finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» (C. Cost., sent. 26 giugno - 3 luglio 1990, n. 313).

ogni forma di imposizione coercitiva nei suoi confronti, ed in particolare ogni forma di trattamento pseudo-terapeutico che metta capo a interventi manipolativi della personalità.

Attraverso la sanzione penale – il che, si badi, vuol dire con la sua inflizione come con l'astenersi dall'infliggerla, o con il sospenderne l'esecuzione, o ancora con l'eseguirla secondo modalità particolari – lo Stato deve offrire al «delinquente» gli strumenti per la sua reintegrazione nel tessuto sociale: in primo luogo mediante la «riappropriazione» dei valori elementari della convivenza. Ciò implica forme di «trattamento» basate sull'emancipazione individuale, perseguita mediante la realizzazione di adeguati sostegni socio-culturali, di opportunità di reinserimento nel tessuto produttivo e sociale, di possibilità di riqualificazione culturale e professionale, ecc. Al di là delle difficoltà di concretizzazione e dei risultati spesso deludenti di sperimentazioni fatte con le migliori intenzioni, la dottrina riconosce che nello Stato sociale moderno non esistono reali alternative all'ipotesi di un «trattamento» del reo, che si ispiri all'idea del suo recupero mediante interventi di sostegno alla sua autodeterminazione nel senso dei valori di cui l'ordinamento giuridico-costituzionale è portatore e, perciò, nel senso del rispetto dei beni da esso tutelati.

Se la «rieducazione», così intesa, è l'obiettivo del trattamento, ciò non significa che non possano essere diversi gli strumenti applicativi, mediante i quali tale obiettivo può essere perseguito. È evidente che il trattamento non può essere lo stesso quando si tratti di intervenire su casi di estrema marginalizzazione sociale e quando, invece, si tratti di soggetti ben integrati socialmente. Del pari, la libera adesione del soggetto all'azione rieducativa o, all'opposto, il suo rifiuto, condizionano in modo ben diverso l'intervento di recupero.

Un punto di orientamento è sicuramente costituito da quello che si può considerare una sorta di requisito «minimo» della sanzione penale rieducativa: vale a dire la sua applicazione in condizioni che impediscano effetti di «desocializzazione» (o di ulteriore desocializzazione) o, peggio, di destrutturazione della personalità del condannato.

La non-desocializzazione – come è stato giustamente osservato – si profila, così, di basilare importanza all'interno di una concezione normativa della pena, funzionale alle esigenze del moderno Stato sociale di diritto, in quanto viene a rappresentare una sorta di *plafond*, su cui costruire un auspicabile (ma tuttavia pur sempre solo eventuale) processo di risocializzazione. In nessun caso, tuttavia, quando non sussistano – o non siano praticabili – interventi risocializzanti, si giustifica, per ciò solo, il recupero di risposte sanzionatorie di tipo meramente afflittivo, restando invece essenziale che

l'applicazione delle sanzioni non favorisca ulteriori processi di disadattamento e stimoli in qualche modo l'emancipazione del soggetto dagli schemi di comportamento antisociali che ne hanno caratterizzato la vita anteatta³.

2. Le funzioni della pena secondo le fasi della sua dinamica.

Tra le acquisizioni generalizzate della dottrina contemporanea della pena va sicuramente annoverata la consapevolezza che – alla luce del dettato costituzionale – i diversi profili funzionali della pena si presentino con incidenza differenziata nelle tre fasi di attuazione del diritto penale: minaccia legale, inflizione e esecuzione della pena.

Si afferma, di solito, che nella fase della minaccia, o comminatoria, della pena (detta anche fase *editale*) largo spazio vada riconosciuto agli scopi c.d. di *prevenzione generale*, irriducibilmente connessi con la posizione stessa della norma penale. La funzione general-preventiva, però, non deve essere configurata solo nel suo aspetto *negativo*, cioè in quanto deterrente, idoneo a scoraggiare i consociati dal commettere reati⁴, bensì (anche) nei momenti *positivi* che si connettono alla funzione di orientamento culturale (a cui pure si è accennato: *retro*, *Introduzione*, III, 2.1), che il diritto penale esercita, nella misura in cui induce, attraverso la sua presenza e la generale consuetudine di osservanza dei suoi comandi, processi di interiorizzazione dei valori che questi sottendono, in via di perpetuazione, rafforzamento (o immutazione) di norme etico-sociali preesistenti⁵.

La dottrina riconosce, tuttavia, concordemente, che il prodursi degli effetti propri della prevenzione generale positiva non costituisce un effetto automatico della posizione della norma, ma dipende da vari fattori. In primo luogo, è decisiva non tanto la severità della minaccia – cioè il suo astratto

³ È logicamente ammissibile che, in assenza di esigenze e/o possibilità di perseguire finalità di risocializzazione, siano le esigenze della prevenzione generale a fondare l'attivazione dello strumento penale.

⁴ Come si è già ricordato (Parte 1^a, I, 2.4), l'idea della pena come *controspinta* al delitto caratterizza significativamente già il pensiero dell'illuminismo penale italiano. Essa venne elaborata in chiave più accentuatamente *psicologica* da Feuerbach. La validità del modello della pena come controspinta psicologica alla *spinta* criminosa è oggi molto discussa, almeno in relazione a taluni tipi di illecito, in cui sembrano prevalere stimoli inconsci, o comunque non assoggettabili a un calcolo preventivo di costi e benefici, da parte dell'individuo che delinque.

⁵ A questa funzione di aggregazione dei consensi la dottrina contemporanea dà il nome di *prevenzione generale integratrice*: concetto a cui è evidentemente tutt'altro che estraneo un profilo socializzante e, perciò, *lato sensu*, «rieducativo».

effetto di *deterrenza* – quanto la sua *effettività*, in quanto contribuisce a rendere *credibile* il sistema. In secondo luogo, l'efficacia general-preventiva delle norme penali è direttamente proporzionale al grado di convergenza fra disapprovazione sociale e disapprovazione legale: ciò implica, fra l'altro, che il sistema penale sia circoscritto alla tutela di beni essenziali, che sia rispettato l'equilibrio fra illecito e sanzione, che i comportamenti vietati siano accuratamente tipicizzati.

Fondamentale è la *proporzione* tra entità della pena minacciata e gravità del reato, che se da un lato evoca immediatamente l'idea della *giusta retribuzione*, dall'altro condiziona la stessa prospettiva del recupero sociale: essendo l'equilibrio fra illecito e sanzione il requisito minimo indispensabile perché il reo possa percepire la norma come «giusta» e assumerla per il futuro come regola di condotta⁶.

Per questa via, la funzione di prevenzione speciale si insinua, dunque, nella fase «editale» della minaccia penale, che pure sembra costituire l'incontrastato luogo di elezione della prevenzione generale. Ma gli scopi special-preventivi giuocano, all'atto della posizione della norma, anche e soprattutto il ruolo di *limite* della previsione legislativa, dovendosi ritenere non ammissibile (perché costituzionalmente illegittima *ex art. 27, 3° co., Cost.*) la comminatoria di una pena sprovvista di qualsiasi contenuto rieducativo, nel senso, innanzi chiarito, di risocializzazione e di recupero del reo.

Nella fase della inflizione della pena (c.d. fase *giudiziale*), la prevenzione generale non può che occupare uno spazio assai ristretto. Restano, in particolare, del tutto esclusi gli effetti di pura *intimidazione*, connessi con la prevenzione generale nel suo aspetto *negativo*. Ogni condanna «esemplare» – destinata, cioè, a scoraggiare i consociati dal commettere reati della stessa specie – comporterebbe infatti la *strumentalizzazione* del reo per fini di politica criminale e violerebbe, quindi, l'insieme dei precetti costituzionali (ivi compreso l'art. 27, co. 1, Cost.), che, assegnando alla persona umana una posizione centrale nel sistema dei valori normativi di riferimento, ne

⁶ Non si deve dimenticare che l'art. 27 Cost., con lo stabilire che le pene «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e *devono* tendere alla rieducazione del condannato», implicitamente vieta l'uso di sanzioni che comunque contraddicano il finalismo rieducativo. Si osserva, inoltre, che un sistema orientato verso un innalzamento indifferenziato delle sanzioni, in chiave di pura deterrenza, finirebbe per contraddire anche il senso stesso della prevenzione generale, che implica un equilibrio fra la gravità del reato e la misura della pena. Se, infatti, il «rischio penale» fosse lo stesso per reati di differente gravità, ne deriverebbe un incentivo a commettere, a parità di rischio, fatti più gravi (ma eventualmente connotati da maggior profitto).

impongono la considerazione come *fine* dell'azione dell'ordinamento e mai come *mezzo* per l'altrui intimidazione⁷.

La prevenzione generale *positiva* è invece presente anche in questa fase, in relazione all'esigenza, già sottolineata, della *effettività* della minaccia, quale fattore coesistente della funzione di orientamento culturale: per la credibilità dell'ordinamento si esige che la pena minacciata venga poi effettivamente inflitta, quando la norma sia stata violata.

Non sembra, invece, affatto necessario un recupero della concezione retributiva della pena, per farne scaturire effetti, in termini di *proporzione* fra entità della pena e gravità della violazione: un'esigenza, questa, che certo appartiene alla fisionomia tradizionale della pena come retribuzione; ma che può essere altrettanto agevolmente perseguita argomentando sulla base dei vigenti principi costituzionali – in primo luogo quello dell'art. 3 Cost. – e in funzione del perseguimento delle finalità di prevenzione generale e speciale. Che debba essere soprattutto l'istanza rieducativa – una volta assicurato il rispetto della proporzione con il fatto – a orientare le scelte sanzionatorie nella fase giudiziale, è cosa, in verità, di tutta evidenza. Sul punto torneremo, comunque, quando si tratterà, in particolare, dei criteri di commisurazione della pena (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, I, 3).

Nella fase della *esecuzione* della pena, sono, com'è ovvio, del tutto prevalenti le esigenze della *prevenzione speciale*. Poiché l'istanza special-preventiva viene qui in considerazione nell'ottica rieducativa in cui è configurata dalla Costituzione, è appena necessario avvertire che da essa esulano sia la prospettiva di una mera *neutralizzazione* del reo, che si risolve, cioè, nella pura e semplice emarginazione del reo dal corpo sociale; sia l'obiettivo della sua rigenerazione morale che, per quanto già detto (*retro*, 1.1), non appartiene ai fini del diritto penale. Di prevenzione speciale si parla qui nel senso, già chiarito, della ri-socializzazione, o almeno della non de-socializzazione, del condannato.

Un limitato spazio di operatività deve tuttavia essere riconosciuto, anche nella fase dell'esecuzione, all'istanza general-preventiva: sia per il generico effetto di riaffermazione della serietà della minaccia penale, che consegue alla esecuzione della pena, e sia perché, in assenza di specifiche esigenze di natura special-preventiva (o, ancora, in ipotesi di mancata adesione del soggetto all'azione di recupero), a legittimare l'attivazione dello strumento penale ben possono invocarsi le residue esigenze di prevenzione generale.

⁷ È questo il motivo di fondo per cui si ritiene che la pena non debba mai essere superiore a quella che corrisponde alla *colpevolezza* individuale per il fatto. Su ciò, *infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, I.

3. *L'odierna fisionomia della pena: dalla riforma del 1974 ai giorni nostri.*

Nella nutrita legislazione penale degli ultimi decenni, ad onta del suo carattere dispersivo e inorganico, e della sua scarsa coerenza, è comunque possibile cogliere l'influenza delle direttive costituzionali in materia di pena.

In particolare, molte delle modifiche intervenute sul sistema sanzionatorio sembrano orientate a dare attuazione in maniera più marcata all'idea della sanzione detentiva come *extrema ratio* della risposta penale; tuttavia a causa della scarsa efficienza del sistema penale nel suo complesso, gli opportuni e condivisibili interventi di mitigazione e diversificazione degli strumenti punitivi finiscono, non di rado, per determinare pericolosi fenomeni di "fuga dalla sanzione", che si manifesta soprattutto nella diffusa ineffettività del sistema di esecuzione penale. È ovvio che questo stato di cose, oltre a generare sfiducia nella collettività, abbassa drasticamente i livelli di efficacia della pena in termini di prevenzione generale e inevitabilmente condiziona la credibilità e la stessa possibilità di attuare prospettive di tipo special-preventivo. La crescente sensazione di 'insicurezza' conseguente a questa condizione si è prevedibilmente tradotta, soprattutto negli ultimi anni, in una richiesta, proveniente dai settori più diversi della società, di un incremento delle politiche repressive di stampo punitivo, che non hanno tardato a tradursi in provvedimenti legislativi nei quali la finalità 'simbolica' prevale decisamente sulle prospettive di efficienza.

Gli istituti più significativi in cui queste tendenze si esprimono verranno esaminati a suo luogo in dettaglio. Un quadro riassuntivo delle principali innovazioni legislative nella materia potrebbe essere il seguente:

1) l'ammissione dei condannati alla pena perpetua dell'*ergastolo* (già ammessi con la l. 1634/62 alla *liberazione condizionale*: v. *infra*, Parte 6^a, III, 4.5) anche ai benefici della *semilibertà* e della *liberazione anticipata* (v. *infra*, Parte 6^a II, 2.1);

2) gli interventi modificativi della *sospensione condizionale della pena* (*infra*, Parte 6^a, III, 3.1.1) che, sia nell'ampliarne la possibilità di applicazione che nel collegarne la concessione, in determinati casi, all'adempimento di obblighi specifici, appaiono ispirati all'attuazione delle finalità rieducative della pena e sicuramente orientati nel senso di ridurre gli effetti desocializzanti connessi con l'esecuzione delle pene detentive di breve durata;

3) l'introduzione di *misure alternative* alla detenzione (*infra*, Parte 6^a, II, 2.1), all'interno di una riforma del sistema penitenziario, attuata in più riprese (1975, 1986 e, da ultimo, con il d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, contenente il nuovo regolamento sull'ordinamento penitenziario e sulle misure

privative e limitative della libertà) e apertamente ispirata all'ideologia della rieducazione;

4) l'introduzione, con la l. 24 novembre 1981, n. 689, delle *sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, che il d.lgs. 150/2022 ha rinominato *pene sostitutive* (*infra* Parte 6^a, Sez. 1^a, I, 2), nel quadro di un organico intervento di riforma, finalizzato a valorizzarne il ruolo, come ulteriore passo in direzione dell'abbandono di un sistema sanzionatorio imperniato essenzialmente sulla carcerazione, per di più in una prospettiva essenzialmente custodialistica;

5) l'ampliamento del ventaglio delle *pene accessorie* (*infra*, Parte 6^a, I, 1.2);

6) l'introduzione, ad opera del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, di un sistema sanzionatorio autonomo e di meccanismi di definizione differenziata del procedimento per i reati assegnati alla competenza del "giudice di pace" (su cui v. *infra*, Parte 6^a, I, 1.1 e III, 3.1.5)⁸;

7) la previsione da parte della legge 5 dicembre 2005, n. 251, di un trattamento sanzionatorio differenziato per il recidivo, vero e proprio "tipo di autore" pericoloso, normativamente selezionato, al quale il legislatore riserva regimi commisurativi ed esecutivi paralleli a quelli 'ordinari' e caratterizzati da un elevatissimo tasso di rigore repressivo;

8) una serie di misure volte a contrastare il sovraffollamento delle carceri, anche in conseguenza delle condanne subite dal nostro paese da parte della CEDU tra 2009 e 2013, con le quali si è ampliata la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione (vd. *infra*, Parte 6, Sez. I, II, 2.1).

Le innovazioni legislative appena ricordate si collocano, per altro, sullo sfondo di una legislazione penale «novellistica» o «speciale», decisamente alluvionale e non di rado contraddittoria, dal punto di vista delle opzioni politico-criminali; segnata, com'è, da ricorrenti momenti di riflusso, puntualmente sfociati nella c.d. legislazione di *emergenza*, sotto l'impulso di pure spinte emotive o di esigenze di chiara impronta general-preventiva,

⁸ La competenza per materia del giudice di pace è fissata nell'art. 4 del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed è piuttosto composita ed articolata. Le fattispecie di reato più significative attribuite alla competenza del giudice di pace sono quelle previste dal comma 1 lett. a) dove, sia pure con una serie di rilevanti limitazioni volte ad escludere dalla giurisdizione del giudice di pace le ipotesi più gravi all'interno di ciascuna previsione, sono contemplati, tra gli altri, i delitti di percosse (art. 581 c.p.), di lesioni personali, dolose (art. 582 c.p.) e colpose (art. 590 c.p.), l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), la diffamazione (art. 595 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.) ed altri ancora; alcune ipotesi codicistiche di tipo contravvenzionale sono poi previste dalla lett. b) dello stesso comma. Nel comma secondo vi è, invece, un lungo elenco di reati contemplati da numerose ed assai variegiate disposizioni di legislazione complementare, la maggior parte delle quali sono, peraltro, di modestissima rilevanza pratica.

costituenti la risposta a gravi fenomeni di criminalità organizzata, comune o terroristica.

Un siffatto andamento – ormai quasi cronico – della legislazione penale ha avuto come effetto, da un lato, la riduzione dell'area coperta dalla pena carceraria per la criminalità medio-lieve, senza però che a questo fenomeno abbia corrisposto in misura adeguata la sostituzione del momento custodialistico con strumenti di intervento alternativo, realmente efficaci, finalizzati alla risocializzazione del reo; dall'altro, l'irrigidimento delle modalità di detenzione dei colpevoli (e addirittura dei *presunti* colpevoli!) dei più gravi delitti – specie di criminalità organizzata – in forme tali da risultare decisamente ostative a qualsiasi programma di trattamento «rieducativo». Né si può dimenticare che qualsiasi tentativo di attuazione delle finalità rieducative della pena è costretto a fare i conti con il perdurante contesto di sovrappollamento degli istituti di pena, indotto anche dalla dilatazione del ricorso alla custodia cautelare, resa praticamente obbligatoria per certe categorie di reati e di delinquenti, e adottata con inusitata larghezza anche per altri reati, in questi ultimi anni⁹.

La dottrina, nel complesso, appare comunque orientata a ritenere che la registrazione delle difficoltà e degli inconvenienti che caratterizzano la realtà attuale della pena non autorizzi affatto a decretare il fallimento del principio rieducativo, là dove si tratta piuttosto di impegnarsi a rimuovere gli ostacoli che ne impediscono la concreta attuazione: il che può anche voler dire impegnarsi per modificare il contesto socio-politico e culturale, nel quale le pene si inseriscono, affinando nel contempo gli strumenti per un intervento efficace sul piano della risocializzazione, e potenziando le relative strutture.

In particolare, rimane positivo, nonostante tutto, il giudizio sulle alternative alla pena carceraria, introdotte nel sistema; ad onta dell'approssimazione con cui soprattutto la riforma del 1981 è stata concepita e attuata, in assenza di adeguate conoscenze empiriche – perfino dal punto di vista statistico – idonee ad orientare l'intervento legislativo. Al tempo stesso, si sottolinea che lo scopo di una credibile risocializzazione non può certo essere perseguito mediante automatismi e, comunque, non in base ad un'accezione essenzialmente «indulgenziale» dei nuovi istituti; e si pone in guardia dai rischi connessi sia alla dilatazione dei poteri discrezionali della magistratura

⁹ Si dovrebbe inserire, in questo quadro, anche la legislazione di tipo «premiale», nonché quella, parzialmente ancora *in fieri*, relativa ai programmi di protezione dei c.d. «collaboratori di giustizia», in cui trovano posto anche forme di espiazione *extracarceraria* delle pene detentive.

di sorveglianza, sia all'esaltazione del potere disciplinare dell'amministrazione penitenziaria, derivante dalla diversificazione dei regimi detentivi, in funzione della ritenuta pericolosità di certe categorie di detenuti (sul punto v. *infra*, Parte 6^a, II, 2).

Nella stessa direzione si muove anche l'intervento relativo ai reati assegnati alla competenza del giudice di pace che si presenta, sia pure con un ambito applicativo molto limitato, come una sorta di "laboratorio" della riforma del sistema sanzionatorio: l'intervento percorre infatti la direttrice della "decarcerizzazione", unita a forme di risoluzione del conflitto diverse da quelle incentrate sulla inflizione della sanzione, secondo una linea di riforma largamente condivisa a livello internazionale; le perplessità riguardano semmai la scelta di fondo relativa alla utilizzazione di giudici non professionali in materia penale, nonché l'opzione "conservativa" dell'uso, comunque, dello strumento penale per fatti di natura tendenzialmente bagatellare.

Le difficoltà di concretizzazione, i punti di crisi, gli ostacoli di ordine pratico all'attuazione del principio rieducativo sono, in realtà, dati di fatto innegabili. E, tuttavia, non si può non essere d'accordo con l'opinione – largamente diffusa nella dottrina più recente – che, al di là di ogni visione «integralista» della prevenzione speciale, l'obiettivo della risocializzazione, o almeno della non-desocializzazione, del condannato sia il solo perseguibile in un sistema penale che voglia conciliare le istanze dello Stato di diritto con la vocazione dello Stato sociale.

Se tuttavia si volesse indicare quale sia stato negli ultimi decenni il mutamento strutturale che più ha inciso sul volto complessivo del sistema sanzionatorio, questo andrebbe certamente identificato nella crescente presenza delle misure di prevenzione e più in generale del modello preventivo ad esse ispirato, che ha indubbiamente contribuito in misura rilevante a ridefinire gli assetti politico criminali generali e non più solo settoriali, e i modi di intervento sanzionatorio (Parte 6, Sez. 2^a). Di pari passo con la progressiva attribuzione alle misure di prevenzione di un ruolo sempre più centrale nelle strategie sanzionatorie si è però accentuato, diventando anche più evidente, il loro contrasto con i principi costituzionali. Ai nodi irrisolti della generale compatibilità con gli standard di garanzia, sostanziali e processuali, di un sistema oggettivamente punitivo come quello delle misure preventive, pur sempre basato sul 'sospetto', si sono aggiunti i dubbi derivanti dalla progressiva estensione dell'uso di strumenti sanzionatori *ante o praeter delictum* ad aree sempre più vaste e sempre più lontane da quelle tradizionali. Il ricorso alle misure di prevenzione in ambiti ben più estesi, e sempre più distanti dallo spazio originariamente ad esse assegnato si traduce, di fatto, in una

vera e propria strategia di intervento non integrativa, ma surrogatoria di quella penale, assistita però da un livello di garanzie decisamente inferiore.

4. *La giustizia riparativa.*

La **giustizia riparativa** (o *restorative justice*) rappresenta un nuovo approccio alla giustizia penale che muove dal superamento della logica tradizionale del castigo per proporre un'interpretazione relazionale del conflitto connesso al reato. Essa promuove l'utilizzo di strumenti alternativi alla pena in senso stretto, allo scopo di favorire la riconciliazione tra il reo, la vittima e la comunità e di riparare consensualmente le conseguenze del reato.

Nonostante la risalente presenza della giustizia riparativa non solo nel dibattito scientifico internazionale, ma anche nelle esperienze giuridiche soprattutto dei paesi di matrice anglosassone, nella realtà italiana, per lungo tempo essa è stata relegata nell'ambito delle mere sperimentazioni. Quando non si è imposta a prescindere dal dato normativo – come nel contesto del processo minorile o, per certi aspetti, della fase esecutiva della pena – nel migliore dei casi si è vista riconoscere qualche spazio grazie alla valorizzazione di alcuni dei suoi strumenti, essenzialmente sempre la *mediazione penale*, nell'ambito del microsistema del giudice di pace (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, III, 3.1.5), per i reati procedibili a querela, o di un istituto come la messa alla prova per adulti, introdotto nel 2014 (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, III, 3.1.2).

Mentre in Italia il paradigma riparativo muoveva con fatica e timidezza i primi passi, grazie ad un'articolata serie di fonti sovranazionali si era andata strutturando la piattaforma normativa e di principi che ha poi costituito il riferimento per la disciplina interna. In particolare si possono ricordare la Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente “i principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale” (ECOSOC *Resolution* 2002/12), la Raccomandazione Rec(2018)8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale che ha sostituito la Raccomandazione n. R(99)19 relativa alla mediazione in materia penale sempre del Consiglio d'Europa. Un riferimento importante alla giustizia riparativa è contenuto anche nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (art. 12), visto che proprio attraverso la *restorative justice* viene riconosciuto alla vittima un ruolo inedito nel sistema penale.

Fino al 2022, benché in alcuni atti normativi fosse già stata utilizzata la locuzione “mediazione penale”, se non addirittura “giustizia riparativa”, mancava nel nostro ordinamento una disciplina organica della giustizia riparativa e, prima ancora, una definizione dei suoi obiettivi e dei suoi strumenti.

Neppure, fino alla riforma di cui subito si dirà, esisteva una regolamentazione dei requisiti di accesso all'attività di mediatore penale, del percorso formativo e di aggiornamento richiesto e dei criteri per l'attivazione dei Centri destinati a organizzare e gestire i programmi di giustizia riparativa. I Centri sono stati istituiti senza un coordinamento pubblico centralizzato, spesso in modo estemporaneo, solo in alcune realtà territoriali e senza garanzia di continuità sul piano dei finanziamenti necessari per poter erogare un servizio gratuito.

Dando attuazione a quanto previsto dall'art. 1 comma 18 della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia) ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento l'attesa disciplina organica, nonché alcune più specifiche disposizioni, che sono andate a modificare, per i necessari coordinamenti, il codice penale e quello di procedura penale, l'ordinamento penitenziario e, in minima parte, sia la disciplina dettata dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace, che quella concernente il processo penale a carico di minorenni.

Il d.lgs. n. 150/2022 all'art. 42 offre innanzitutto una serie di definizioni, tra le quali meritano di essere ricordate per la loro centralità quelle di “giustizia riparativa”, di “vittima del reato” e di “esito riparativo”.

Con una certa pragmaticità l'art. 42 comma 1 lett. a) costruisce la nozione di “giustizia riparativa” a partire da quella di “programma” «che consente alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». Un ruolo decisivo è svolto dalla comunità, un “soggetto collettivo” difficile da circoscrivere, a maggior ragione se si considera che l'art. 45 comma 1 lett. c) include espressamente tra i partecipanti ai programmi, quali «altri soggetti appartenenti alla comunità», i familiari e le persone di supporto alla vittima del reato e alla persona indicata come autore dell'offesa, ma anche enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato e, in termini ancora più inclusivi, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o altri enti pubblici – senza distinzioni –, autorità di pubblica sicurezza e servizi sociali.

La nozione di “vittima” offerta dall’art. 42 comma 1 lett. b), che in base alla Relazione al decreto dovrebbe essere applicabile solo nell’ambito di questa disciplina, sembra coincidere con quella di “danneggiato dal reato” più che con quella di “persona offesa dal reato” (*infra*, Parte 3^a, Sez. 2^a, I, 3.1). Si tratta infatti della «persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno, patrimoniale o non patrimoniale», nonché del familiare di quella persona la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno.

L’“esito riparativo”, infine, non consiste in un atto riparatorio unilaterale, ma in un «accordo [...] volto alla riparazione dell’offesa e idoneo a rappresentare l’avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 42 comma 1 lett. e). Esso può essere *materiale*, ricomprendendo il risarcimento del danno, le restituzioni e l’“adoperarsi per” l’elisione o l’attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, o *simbolico*. Tra gli esiti simbolici rientrano dichiarazioni e scuse formali, impegni comportamentali non meglio precisati e accordi relativi alla frequentazione di luoghi o persone (art. 56); atti, insomma, che sono volti a ricostruire la relazione tra i partecipanti al programma.

I programmi contemplati dalla riforma (art. 53) sono la mediazione, anche allargata ai gruppi parentali o con vittima aspecifica (vittima di un reato diverso da quello per cui si procede), il dialogo riparativo e «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell’interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell’offesa». Essi trovano una disciplina flessibile nel decreto che fissa innanzitutto alcuni principi fondamentali come la partecipazione attiva e volontaria delle parti, il consenso, l’accessibilità generalizzata – con una sola limitazione, quella del «pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma» – e la riservatezza.

La riservatezza è irrinunciabile per garantire al programma la sua autonomia, ma soprattutto per permettere l’apertura di uno spazio di verità in cui i soggetti coinvolti possano raccontarsi, senza temere di andare incontro a effetti sfavorevoli nel procedimento penale. Sono state così erette diverse barriere per assicurare l’impermeabilità del processo rispetto a quanto avviene davanti ai mediatori, che viene succintamente descritto unicamente nella relazione trasmessa all’autorità giudiziaria, insieme all’esito.

Se l’esito riparativo non viene raggiunto, invece, le comunicazioni all’autorità giudiziaria daranno atto della mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento dell’accordo, a seconda dei casi (art. 57).

È bene chiarire che il paradigma alternativo offerto dalla giustizia riparativa non è, allo stato, sostitutivo della tradizionale giustizia penale (cosa in astratto possibile), bensì ad essa *complementare*. L'attivazione dei programmi di giustizia riparativa richiede per sua natura (e funzione) la partecipazione volontaria di autore e vittima del reato ed è dunque solo eventuale, ma, allo stesso tempo, può riguardare, potenzialmente, qualsiasi illecito penale, senza alcuna preclusione, neppure di tipo processuale. L'accesso alla giustizia riparativa, infatti, può avvenire in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse e 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. Addirittura, qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, si può accedere ai programmi anche prima che la stessa sia stata proposta.

A parte l'ipotesi in cui l'esito riparativo conduce *ex art.* 152 c.p. all'estinzione del reato per remissione tacita della querela (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, III, 3.1), la giustizia riparativa non svolge quindi funzioni deflative del sistema di giustizia penale, affiancandosi ad essa con prospettive, strumenti e finalità distinte, che l'art. 43, comma 2^o riassume nell'assegnare ai programmi lo scopo di «promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

Per quel che riguarda i profili di diritto penale sostanziale, gli aspetti più interessanti della riforma si colgono proprio negli istituti che sono stati modificati per consentire al giudice di valorizzare lo svolgimento dei programmi riparativi e i loro esiti.

Premesso che, in ogni caso, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58, comma 2), l'esito positivo del programma può determinare diversi effetti sulla vicenda giudiziaria.

Detto dei possibili riflessi sui reati perseguibili a querela, l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo integra una nuova attenuante comune inserita nell'art. 62 n. 6 c.p. (*infra*, Parte 4^a, Sez. 1^a, III, 2), sempre che, se l'esito prevede degli impegni comportamentali, questi siano stati rispettati.

In forza dell'art. 58 d.lgs. n. 150/2022, poi, nell'art. 133 c.p. deve considerarsi inserito un nuovo criterio di commisurazione della pena (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, I, 3), vale a dire la partecipazione a un programma riparativo, conclusasi con esito riparativo.

Infine, la riforma del 2022 è intervenuta sull'art. 163 comma 4 c.p., con l'inserimento della circostanza della partecipazione a un programma di giustizia riparativa con esito riparativo come presupposto per l'abbreviazione del termine di sospensione condizionale, in ipotesi di condanne a pena di durata non superiore a un anno (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, III, 3.1.1).

I programmi di giustizia riparativa, come anticipato, possono essere attivati anche in fase esecutiva. A tal fine è stato modificato l'art. 13, l. 26 luglio 1975, n. 354, riguardante l'osservazione scientifica della personalità, con l'inserimento del favore per il ricorso ai programmi di giustizia riparativa, che si armonizza perfettamente con la già prevista offerta di un'opportunità di riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle conseguenze prodotte, nonché sulle possibili azioni di riparazione.

La partecipazione al programma – al quale i condannati e gli internati possono accedere su base volontaria, anche su iniziativa dell'autorità giudiziaria – e l'esito riparativo possono essere valorizzati al fine dell'accesso alle misure alternative alla detenzione (*infra*, Parte 6^a, Sez. 1^a, II, 2.1). In base al nuovo art. 15-*bis* l. n. 354/1975, infatti, il programma e l'esito sono valutati ai fini della concessione dei c.d. benefici penitenziari e più precisamente dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e di tutte le misure alternative di cui al capo VI del titolo I della l. n. 354/1975, oltre alla liberazione condizionale, con divieto di valutarne invece la mancata effettuazione, l'interruzione o l'esito negativo.

Resta da verificare quale sarà in concreto l'accoglimento di questa novità, la cui estraneità, anche culturale, all'approccio tradizionale degli operatori della giustizia alle questioni e alle vicende che coinvolgono il diritto penale, non è improbabile che possa determinare un atteggiamento di iniziale diffidenza o di disorientamento, per cui è presumibile che in ogni caso sarà necessario un certo tempo perché la giustizia riparativa inizi a produrre effetti percepibili nel sistema.

Quel che oggi si può dire è che la riforma Cartabia ha investito con convinzione, per la prima volta, anche in termini di risorse finanziarie rese disponibili, sui Centri e sui servizi di giustizia riparativa e, naturalmente, sulle figure professionali chiamate a garantirne il funzionamento, vale a dire i *mediatori esperti* per i quali è previsto un serio percorso formativo di accesso dal taglio interdisciplinare.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX