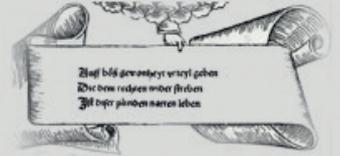




Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 4-2023 - VITA GIUDIZIARIA 4
ISSN 2724-2161

Stefano Ruggeri e Elisea Malino

IL PENDOLO DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA
TRA PRESUNZIONE DI INNOCENZA,
LOGICHE COGNITIVE
E UMANITÀ DEL GIUDIZIO PENALE

Editoriale Scientifica

*Stefano Ruggeri ed Elisea Malino**

IL PENDOLO DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA,
TRA PRESUNZIONE DI INNOCENZA, LOGICHE COGNITIVE
E UMANITÀ DEL GIUDIZIO PENALE

1. *Premessa*

Ricucire lo strappo causato dal reato e porre al centro dell'esperienza penale la persona, con la sua complessa e, talvolta, imperscrutabile vicenda di vita, rappresentano il punto di partenza della giustizia riparativa¹, un modello che, valorizzando i sentimenti, le emozioni e il bagaglio di conoscenze dei suoi protagonisti², conferisce nuova linfa alla dimensione umana di ogni conflitto che vede nella commissione di una condotta illecita il suo prologo o il suo epilogo³.

A ben vedere, si tratta di uno strumento dalle indubbie potenzialità applicative, colte già da diversi anni a livello internazionale e sovra-

* Benché lo scritto sia il risultato di riflessioni condivise e sviluppate congiuntamente dagli autori, i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati redatti da Elisea Malino, mentre i paragrafi 4 (4.1 e 4.2), 5 (5.1 e 5.2) e 6 da Stefano Ruggeri.

¹ Essa, secondo R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sistema penale*, n. 2 (2023), p. 39, si caratterizza per una forte componente personalistica legata alla riconsiderazione delle vittime, degli autori dei reati e della comunità di riferimento, che costituiscono simultaneamente sia l'oggetto che il soggetto attivo della riparazione, «collaborando alla procedura al fine di riparare ed «essere riparati»».

² Secondo F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 16 dicembre 2012, pp. 7 ss., la ricerca di una umanizzazione della giustizia, che faccia i conti anche con le componenti emotivo-sentimentali che emergono dalla vicenda criminosa, appartiene al nucleo essenziale della *restorative justice*, che, in questo modo, si inserisce a pieno titolo nel solco della «svolta emozionale» o di «riemozionalizzazione della legge», che già da diversi anni attraversa il diritto penale.

³ Tra conflitto e reato non esiste una perfetta equazione: il reato, nella ricostruzione offerta da M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, n. 4 (2021), non è un conflitto, ma un atto che crea un rapporto asimmetrico tra vittima e autore. La commissione di una condotta illecita, pertanto, potrebbe sia scaturire da una previa relazione conflittuale tra autore e vittima sia essere all'origine di un rapporto conflittuale precedentemente inesistente. In questo senso F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *lalegislazionepenale.eu*, 2 dicembre 2022, p. 5.

nazionale⁴ e recepite solo recentemente dal legislatore italiano, con la c.d. Riforma Cartabia, che per la prima volta si propone l'obiettivo di introdurre una disciplina organica in materia di giustizia riparativa, anche al fine di migliorare l'efficienza del processo penale e favorire la celere definizione dei procedimenti⁵. Invero, nonostante le auspicate

⁴ Tra i più importanti rientrano la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8 adottata dal Comitato dei Ministri il 3 ottobre 2018, la c.d. "carta" della giustizia riparativa; i Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale, elaborati dalle Nazioni Unite nel 2002 (ECOSOC Res. 12/2002); le *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in criminal matters*, adottate il 7 dicembre 2007 dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia [CEPEJ(2007)13] e, da ultimo, la Dichiarazione di Venezia adottata dalla Conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa il 13 dicembre 2021, che promuove a livello europeo una vera e propria cultura della giustizia riparativa. Tali iniziative, secondo L. PARLATO, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisognerà "mediare"*, in *giustiainsieme.it*, 4 luglio 2022, sono molteplici e costituiscono «materia viva», in quanto prevedono delle «clausole-polmone» che lasciano spazio a future rimediazioni dell'assetto complessivo. A livello eurounitario, invece, risulta particolarmente importante la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI e, in particolare, il suo art. 12, che si occupa di individuare i diritti e le garanzie della vittima nel contesto dei servizi di giustizia riparativa.

⁵ In realtà il rapporto tra giustizia riparativa e deflazione non è pacifico: se per un verso alcuni autori ne hanno escluso l'esistenza (si veda, ad esempio, R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *sistemapenale.it*, 29 novembre 2022); dalla trama della legge-delega emerge che la riparazione sia stata concepita (anche) in chiave deflattiva rispetto al carcere e al giudizio (così F. CONSULICH, E. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'ufficio per il processo*, in *disCriminen.it*, 12 febbraio 2022). Tuttavia, come è stato opportunamente sostenuto, tale finalità non esaurisce le istanze che la *restorative justice* deve soddisfare. Così P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023, p. 3. Certamente l'ordinamento può ricavare importanti benefici in termini di complessivo alleggerimento della macchina processuale, ma sarebbe fuorviante ipotizzare una perfetta coincidenza tra le logiche riparative e quelle deflative. Così ragionando si rischierebbe di perdere di vista gli obiettivi propri della giustizia riparativa, quali il riconoscimento della dignità dell'altro, la riparazione e la riconciliazione, «relegando quest'ultima a un mero strumento di contenimento del carico penale». Cfr. G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, n. 1 (2022), p. 15. In questo senso anche G. GAMBOGI, *La giustizia riparativa non è uno strumento deflattivo: ecco perché il decreto Cartabia va cambiato*, in *ildubbio.news*, 8 ottobre 2022.

ricadute sul piano sistematico, gli effetti positivi connessi allo svolgimento di programmi riparativi si apprezzano soprattutto sul versante soggettivo e riguardano tanto l'accusato quanto l'offeso⁶. In particolare, l'ambiente riparativo rappresenta la sede in cui dar piena voce e riconoscimento alla vittima di reato, molto spesso personaggio secondario nelle dinamiche procedurali⁷.

A godere dei benefici connessi all'adozione di tale approccio personalistico non sono soltanto il soggetto attivo e passivo della singola fattispecie criminosa, ma anche la collettività intera⁸, che assiste e par-

⁶ A questo proposito occorre distinguere le possibili situazioni prospettate dalla riforma che dipendono dalla procedibilità e dallo stadio di avanzamento del procedimento penale. Qualora il reato fosse procedibile a querela e quest'ultima non fosse stata ancora presentata, l'esito riparativo positivo dovrebbe condurre l'offeso a desistere dal manifestare la volontà di perseguire l'accusato e il processo non dovrebbe neppure avere inizio. Diversamente, se il processo è già stato avviato, i benefici consistono nell'estinzione del reato per remissione della querela (art. 152, c. 3, n. 2 c.p.) o della riduzione della pena, in caso di fattispecie perseguibile d'ufficio (art. 62, c. 1, n. 6 c.p.). Ancora, qualora la riparazione sopraggiungesse nel corso della fase di esecuzione della pena, il condannato riceverebbe dei vantaggi sul piano del trattamento penitenziario (art. 15 *bis*, legge 26 luglio 1975, n. 354).

⁷ Questi gli auspici della Corte costituzionale in Corte Cost., sent. 23 settembre 2021, n. 203, in *cortecostituzionale.it*, par. 6.3.

⁸ Secondo R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Diritto penale e processo*, n. 1 (2023), il coinvolgimento della comunità è un elemento caratterizzante la giustizia riparativa e consente di coglierne l'essenza e di apprezzarne le differenze rispetto al modello tradizionale. Tale partecipazione, che a livello interno è prevista dagli artt. 42, c. 1, lett. a) e 43, c. 1, lett. c) del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, trova il suo fondamento tanto nell'offesa patita (direttamente o indirettamente), quanto nel suo ruolo criminogenetico, in quanto la comunità molto spesso costituisce «il terreno di coltura del reato o addirittura della personalità criminale». In realtà, nonostante l'importanza riconosciuta a livello teorico alla comunità, la disciplina organica non ne fornisce una definizione, facendo genericamente riferimento ai «familiari della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi» nonché a «chiunque altro vi abbia interesse». Tale concetto risulta così estremamente vago; e inoltre parimenti incerto è il ruolo attribuito ai soggetti appartenenti alla comunità nello svolgimento e nella conclusione delle attività riparative, in quanto il legislatore non ha chiarito se, ed eventualmente in che termini, la loro volontà possa condizionare l'esito del programma. Per un'analisi dettagliata della questione cfr. L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in Aa. Vv., *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, cur. D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Cedam, Padova 2023, pp. 241 ss..

tecipa al risanamento della ferita causata dal comportamento criminoso del quale la *restorative justice* offre una visione più articolata. Tale risultato, che di primo acchito può sembrare eccessivamente ambizioso, può essere concretamente raggiunto in tale contesto enfatizzando l'apporto conoscitivo che i protagonisti della vicenda possono offrire. Questi ultimi, animati da un forte spirito di collaborazione e fiducia reciproca e rassicurati dai principi di segretezza e riservatezza che contraddistinguono le procedure riparative, molto spesso si mostrano più propensi alla collaborazione e ciò astrattamente può avere importanti ricadute sull'accertamento processuale. D'altro canto, nessuno meglio dei suoi protagonisti può contribuire alla ricostruzione di un fatto.

In realtà, i benefici connessi alla partecipazione attiva dei soggetti (potenzialmente) coinvolti nella vicenda penale, apprezzabili sul piano cognitivo, hanno una valenza limitata, confinata dentro le mura del luogo sicuro in cui si svolgono le pratiche riparative. Il legislatore italiano, infatti, ha optato per un modello che impone una netta separazione dei due piani, processuale e riparativo, quantomeno sotto il versante cognitivo⁹. Su questa scia, in sede di attuazione della legge-delega, è stato escluso un rapporto di reciproca osmosi tra i due percorsi, ammettendosi solo contatti in "uscita" o in "entrata"¹⁰. L'approccio prescelto, in effetti, pare giustificabile se si pensa alle ca-

⁹ Secondo V. BONINI, *Giustizia riparativa, un binario parallelo che non contamina mai il processo penale, il Dubbio*, in *ristretti.org*, 6 settembre 2022, è necessaria una impermeabilizzazione tra il luogo giudiziario e lo spazio riparativo, al fine di impedire che tutto ciò che accade nella «conca della riparazione» possa filtrare nel processo penale. Tuttavia, volgendo lo sguardo alla disciplina contenuta nel decreto attuativo della riforma, sorgono dei dubbi rispetto alla effettività di tale rigida separazione sotto il profilo cognitivo-probatorio. In questo senso D. GUIDI, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in *DisCrimen*, 16 novembre 2022, il quale afferma che l'auspicata reciproca indipendenza non sia stata pienamente attuata.

¹⁰ La previsione di rari momenti di contatto (alcuni dei quali sono stati anticipati nella nota 6, mentre altri, in particolare l'art. 129 *bis* c.p.p., saranno affrontati nel prosieguo di questo scritto) risponde alla logica di complementarità alla quale ha aderito il legislatore italiano. Tale modello, il quale si contrappone a quello di "alternatività" che considera la giustizia riparativa come paradigma radicalmente autonomo, deve essere prediletto in quanto, oltre ad essere in linea con le fonti sovranazionali, dà conto tanto della interdipendenza funzionale esistente tra *restorative justice* e diritto penale quanto della incapacità del modello ristorativo di assurgere a sistema universale di regolazione dei conflitti. Cfr. G. MANNOZZI, s.v. «*Giustizia riparativa*», in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano 2017, p. 483 e M. BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3 (2022), p. 1263.

ratteristiche tipiche della giustizia riparativa (atipicità e informalità)¹¹ che, mal conciliandosi con il processo penale e con la sua naturale capacità di incidere su valori fondamentali (primo tra tutti la libertà personale), dovrebbero rimanervi assolutamente estranee.

La c.d. “verità riparativa”, sempre che di essa sia lecito parlare, non riguarda dunque solo “ciò che è accaduto”, in quanto contestualmente “si propone l’obiettivo di capire perché e come è avvenuto”¹².

Nonostante l’indubbio valore di tale finalità del percorso riparativo, tuttavia, occorre riconoscere che nessun percorso riparativo può prescindere da una previa ricostruzione della condotta illecita, la quale costituisce il punto di partenza di ogni tentativo di risanamento del male causato. Per poter svolgere una proficua indagine sulle conseguenze emotive ed umane di un reato, in altri termini, appare necessario accertarne l’*an* e il *quomodo*, nonché le componenti soggettive: prescindere da tale momento cognitivo significherebbe violare la presunzione di non colpevolezza, presumendo l’esistenza di un fatto illecito e la sua commissione ad opera di un individuo che, invece, dovrebbe essere considerato innocente.

Come si può notare, la declamata autonomia accertativa dei due modelli e i pochi momenti di contatto tra le due dimensioni sollevano questioni problematiche che toccano le corde più sensibili del sistema assiologico vigente in questa delicata materia, finendo per mettere in dubbio l’opportunità di talune scelte operate dall’ordinamento italiano, prima tra tutte la possibilità di accedere ai percorsi riparativi in ogni stato e grado del processo.

Partendo da tali premesse, il presente studio si concentra pertanto sui momenti di frizione tra il sistema riparativo e i valori che innervano ogni aspetto della cognizione processuale tradizionale, avuto particolare riguardo alle premesse conoscitive e ai conseguenti effetti endo ed extraprocessuali¹³.

¹¹ Queste caratteristiche sono state sancite dal par. 27 della Raccomandazione 2018/8 e dovrebbero essere considerate applicabili in virtù del generico richiamo ai principi europei e internazionali in materia realizzato dall’art. 53 del D. Lgs. 150/2022.

¹² Cfr. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 14.

¹³ Sul tema si veda V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*, in *Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale*, OIUDU, n. 3 (2023), pp. 99-188.

2. *La difficile tenuta della presunzione d'innocenza nel circuito della riparazione*

Benché gli studi in questa materia abbiano raggiunto livelli molto avanzati, soprattutto negli ultimi anni, la prassi giudiziaria, soprattutto quella ordinaria, per molto tempo ha assunto un atteggiamento di considerevole chiusura rispetto a tale modello alternativo di giustizia¹⁴. La *ratio* di tale scelta va ricercata nel timore di non riuscire a preservare la tenuta di alcuni principi e garanzie fondamentali del nostro sistema di giustizia penale e, in fondo, dell'ordinamento giuridico intero, a cominciare dalla presunzione di innocenza dell'imputato che, a procedimento penale ancora in corso, si ritrovasse inserito nelle dinamiche di un percorso di riparazione. La presunzione d'innocenza, come è noto, può essere apprezzata in una duplice veste, costituendo tanto una garanzia individuale quanto una regola che, insieme al libero convincimento, deve ispirare il *modus operandi* del giudice e di tutti gli organi competenti in ogni fase e grado del procedimento¹⁵.

¹⁴ La giustizia riparativa è stata dapprima sperimentata nell'ambito del processo penale minorile, considerato «laboratorio per eccellenza di pratiche riparative». Così G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *archivodpc.dirittopenaleuomo.org*, 16 gennaio 2019, p. 4. In particolare, il D.P.R. 22 settembre 1988, n. 488 ha gettato le basi per il ricorso ad una serie di istituti riconducibili all'alveo degli strumenti di *restorative justice*, tra i quali rientrano la mediazione e la sospensione del procedimento con messa alla prova. I risultati da essi raggiunti, rinvenibili su *giustiziaminorile.it* e in Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e di proposta*, in *www.garanteinfanzia.org*, 2018, sono stati considerati soddisfacenti e ciò ha condotto il legislatore ad estenderne l'applicazione anche nella giurisdizione «degli adulti». Cfr. M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e giustizia*, n. 6 (2012), che già esprimeva questi auspici. In particolare, l'art. 2 c. 2, D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 ha introdotto il tentativo di conciliazione obbligatorio dinanzi al giudice di pace, mentre l'art. 4 c. 1 lett. a), L. 28 aprile 2014, n. 67 ha inserito il Titolo V *bis* nel Libro VI del Codice di procedura penale, dedicato alla sospensione del procedimento con messa alla prova. Si trattava di forme sperimentali di giustizia riparativa che, secondo l'ex Guardasigilli, Prof.ssa Marta Cartabia, hanno mostrato esiti fecondi, rendendo maturi i tempi per l'introduzione di una disciplina organica della *restorative justice*. In questo senso M. CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 16 marzo 2021, p. 15.

¹⁵ In questo senso O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano 1985, p. 234 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna 1979, p. 15; O. MAZZA, *La presunzione di innocenza*

Il compito assegnato all'organo esecutivo, pertanto, è apparso sin dalle prime battute particolarmente delicato, in quanto la *restorative justice*, oltre ad intaccare punti nevralgici della materia penale, costituiva un terreno inesplorato a livello normativo e, conseguentemente, presupponeva l'inserimento di un complesso apparato definitorio volto a chiarirne gli elementi essenziali.

In effetti, basta guardare l'art. 42 del D. Lgs. 150 del 2022, rubricato appunto "definizioni", per avere contezza delle difficoltà, prima di tutto terminologiche, cui è andato incontro il legislatore delegato. Da una parte, infatti, vi era il diritto del soggetto accusato di essere considerato innocente fino alla pronuncia di una condanna definitiva, dall'altra, la necessità di incasellare i protagonisti della vicenda riparativa all'interno di specifiche categorie vevoli in ogni stato e grado del processo e capaci di rendere conto del rapporto conflittuale tra essi esistente.

Nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra tali esigenze, i redattori della riforma Cartabia hanno scelto di procedere con cautela evitando di riferirsi all'accusato attraverso espressioni lapidarie e dirette che potessero ingenerare il sospetto di una presunzione di colpevolezza nei suoi confronti. Così, nell'art. 42 lett. c), è possibile rinvenire un riferimento alla «persona indicata come autore dell'offesa», formula che in qualche misura vorrebbe essere rispettosa della regola, esplicitata anche dalla normativa europea, in base alla quale il soggetto accusato non deve essere presentato come colpevole prima che la sua colpevolezza sia legalmente provata¹⁶. Eppure, presupporre l'esistenza di un danno e attribuirne la causa ad un soggetto, accontentandosi a questo fine di una mera «indicazione» da parte dell'offeso, non pare del tutto in linea con il soprarichiamato principio. A ciò devono aggiungersi le perplessità concernenti la possibilità di assumere la qualifica di "persona indicata come autore dell'offesa" in seguito ad una semplice indicazione in questo senso da parte della vittima, pur in as-

messa alla prova, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 9 aprile 2019, p. 2 e, con specifico riferimento alla giurisprudenza europea, A. FALCONE, *Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un'effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza. Nota alla sentenza Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, Procedimenti penali a carico di WB e altri*, in *Sistema penale*, n. 6 (2022).

¹⁶ Considerando n. 16 *Direttiva (UE) 2016/343 del parlamento europeo e del consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*.

senza di qualsiasi atto formale. Il legislatore, infatti, ha previsto la possibilità di accedere ai programmi riparativi prima ancora della proposizione della querela, così indebolendo ulteriormente la portata della presunzione d'innocenza.

D'altra parte, il ruolo di questa fondamentale garanzia rispetto alla previsione di un'indicazione rivolta alla persona che acceda a un percorso riparativo come autore dell'offesa va intesa nella sua corretta dimensione. In effetti, solo assumendo che il soggetto da parte del quale sia ipotizzata un'azione criminosa non debba essere reputato innocente sarebbe sufficiente la semplice attribuzione di una ipotesi di reato a far ritenere probabile la sua colpevolezza¹⁷. Ma ciò è giuridicamente impossibile dato che lo stato d'innocenza è presunto da una pluralità di fonti internazionali e dalla stessa Costituzione; né varrebbe invocare il fatto che tale fondamentale garanzia sia attribuita solo alla persona accusata o destinataria di un'imputazione, concetti questi che, sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale della Corte europea, la quale ha ormai ampiamente deformalizzato la nozione di "accusa in materia penale", possiamo svincolare sul piano interno, anche ai fini dell'attivazione appunto della presunzione in parola, non solo dall'esistenza di un addebito ufficiale, ma anche dalla registrazione del nome della persona indagata nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., specie laddove nei suoi confronti siano adottate misure investigative idonee a incidere sulla sfera delle sue libertà e diritti apicali.

Ancor meno coerenti sono le parole utilizzate nella previsione contenuta nella lett. b) dell'art. 42, che individuano la vittima di reato nella persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona. Partendo dalla premessa logica e imprescindibile di questa definizione (l'esistenza di un'offesa) e

¹⁷ In questo senso si esprimeva M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino 2004, p. 57. Inoltre, la scelta di accontentarsi di una mera indicazione informale da parte della vittima, oltre ad enfatizzare i problemi legati alla presunzione di innocenza, comporta il sorgere di ulteriori criticità individuate da M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *questionegiustizia.it*, 7 febbraio 2023, pp. 7-8, il quale ha sollevato una serie di interrogativi a cui la disciplina non ha dato alcuna risposta. Ad esempio, a quale titolo il mediatore potrà convocare colui o colei che non risulta iscritto/a sul registro delle notizie di reato? Come si concluderà l'iter? Dell'attività dovrà essere informato qualcuno?

andando a ritroso, è possibile individuare le principali conseguenze problematiche di alcune scelte normative, prima tra tutte quella di consentire l'accesso ai programmi riparativi in ogni stato e grado del procedimento. Il legislatore, supponendo l'esistenza dell'offesa (effetto), ha presunto inoltre la commissione del reato (causa) e, poiché non è ipotizzabile alcun reato senza il suo autore, ha finito così per dare per scontata anche la responsabilità o la colpevolezza di un soggetto¹⁸.

In questo modo, dunque, gli sforzi fatti nel definire l'accusato sono stati vanificati e ciò semplicemente perché si è cercato di compiere un'operazione che lo stesso art. 27 Cost. impedisce: fissare il ruolo dei soggetti potenzialmente coinvolti in una vicenda penale già ai blocchi di partenza quando ancora nessun accertamento è stato realizzato¹⁹. Invero, tale questione lessicale, di per sé estremamente rilevante e foriera di conseguenze importanti sul piano sistematico e applicativo, rivela una questione di fondo che attraversa tutta la disciplina organica della giustizia riparativa e mette in crisi la tenuta della presunzione di innocenza intesa come regola di trattamento e di valutazione.

Il legislatore, infatti, ha scelto di non prendere posizione su un aspetto fondamentale, ossia il riconoscimento, da parte dell'accusato, dei fatti per i quali si procede, pur espressamente richiamato tanto dall'art. 12 c. 1 lett. c) della Dir. 2012/29/UE quanto, più recentemente, dal par. 30 della Racc. 2018(8), che vedono nel riconoscimento dei

¹⁸ Paventava questo rischio anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2010, p. 256. L'Autrice, riprendendo il pensiero di L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova 1998, p. 310, evidenziava il rischio che «di fronte alla calzante esigenza di procedere sollecitamente alla mediazione» si potesse dare «per scontata la responsabilità o la colpevolezza» di un individuo. A ben vedere, queste preoccupazioni risultano calzanti anche con riferimento alla disciplina organica introdotta nel 2022, la quale suscita l'impressione che il legislatore abbia rinunciato alla necessità di un accertamento previo sulla posizione del soggetto accusato al fine di consentire lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del processo.

¹⁹ A questo proposito O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Archivio penale*, n. 2 (2022), p. 24 e O. MAZZA, *Il decreto attuativo della riforma Cartabia (ignorato dai partiti) ha vizi di costituzionalità*, in *Il Dubbio, ristretti.org*, 20 agosto 2022 afferma che «la giustizia riparativa è un “gioco di ruolo” che può svolgersi solo dopo l'accertamento della responsabilità secondo le regole del giusto processo, non certo ai blocchi di partenza, quando i ruoli non sono definiti».

fatti il punto di partenza della *restorative justice*²⁰. L'obiettivo era chiaramente quello di evitare di compromettere la presunzione di innocenza e, a un tempo, di evitare che l'autorità giudiziaria che disponga il percorso riparativo, sia essa il pubblico ministero o il giudice, nonché quella chiamata a decidere sulla responsabilità dell'imputato, potesse essere influenzata dalla sua partecipazione ad un programma riparativo. Questa opzione normativa però parte da un equivoco di fondo: l'idea in base alla quale l'ammissione della propria responsabilità possa far venire meno la presunzione d'innocenza, come se essa fosse una garanzia disponibile. Tale circostanza risulta tuttavia smentita dalla disciplina dell'istituto della confessione che, lungi dal determinare il venir meno della garanzia sancita dall'art. 27 c. 2 Cost., produce piuttosto i suoi effetti sull'*iter* procedimentale. L'ammissione della propria responsabilità, infatti, non elide in alcun modo il dovere non solo del giudice e del pubblico ministero, ma di tutti i soggetti del processo e, più in generale, dell'ordinamento intero, di continuare a trattarlo come innocente a dibattimento instaurato.

Proprio per questo, il silenzio della normativa italiana su tale importante aspetto non ha risolto le criticità che possono derivare dall'innesto di un percorso riparativo nel processo penale. All'opposto, volgendo lo sguardo verso la disciplina interna, si ha l'impressione che il non detto assuma più importanza di ciò che è stato esplicitamente detto. Così sorge e si fa più fondato il timore che tali silenzi legittimino implicitamente lo svolgimento di giudizi intermedi che pregiudicano la formazione di un convincimento giurisdizionale libero e depurato da qualsiasi pregiudizio sui fatti e sulle responsabilità oggetto di accertamento.

3. *Le valutazioni dell'autorità giudiziaria che dispone l'avvio del percorso riparativo: i difficili apprezzamenti richiesti dal 129 bis c.p.p. e il problema del pre-giudizio*

Le preoccupazioni relative alla presunzione d'innocenza si condensano attorno alle valutazioni demandate all'autorità giudiziaria che ritenga di disporre l'avvio di un percorso riparativo. Esse risultano tracciate dalla disciplina introdotta dal nuovo art. 129 *bis* c.p.p., che con-

²⁰ Sul punto cfr. E.A.A. DEI CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *Archivio penale*, n. 3 (2021), p. 15.

sente all'autorità procedente di disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima al Centro di riferimento per l'avvio di un programma di giustizia riparativa. Tale norma suscita non poche perplessità poiché subordina l'esercizio di tale potere da parte del giudice allo svolgimento di considerazioni particolarmente delicate. Il magistrato, infatti, è chiamato a svolgere dei giudizi proiettati sul caso concreto e volti a verificare l'assenza di pericoli per gli interessati e per l'accertamento dei fatti²¹, nonché l'utilità del programma per la risoluzione delle questioni derivanti dal reato. Proprio quest'ultimo apprezzamento appare particolarmente problematico in quanto, richiedendo una prognosi sulle probabilità di successo dell'attività di mediazione, impone al giudice di avvicinarsi alle parti e indagare, seppure superficialmente, i loro sentimenti, al fine di comprendere se c'è e qual è lo spazio per un risanamento del conflitto. Quanto detto è confermato dalla lettera del c. 3 dell'art. 129 *bis* c.p.p. che stabilisce che il giudice provveda sentendo le parti e i difensori nominati. La norma, tuttavia, contiene un inciso che risulta particolarmente distonico rispetto alle finalità proprie della giustizia riparativa, in quanto stabilisce che la vittima del reato possa essere sentita «se il giudice lo ritiene necessario». La clausola è stata giustificata facendo riferimento alla necessità di non «appesantire eccessivamente il procedimento onerando il giudice della ricerca della vittima e della sua audizione»²². Queste argomentazioni però non dovrebbero trovare spazio in tale contesto, poiché il paradigma riparativo non risponde precipuamente a finalità deflattive, essendo piuttosto volto alla risoluzione di un conflitto e alla valorizzazione della vittima, il cui coinvolgimento dovrebbe essere favorito e non relegato a una mera eventualità²³.

²¹ La *Relazione illustrativa del Decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, p. 411, ha chiarito quale significato deve essere attribuito a questo presupposto affermando che l'accesso alla giustizia riparativa deve essere escluso «quando la prova non sia stata ancora cristallizzata, ad esempio perché la vittima del reato è una fonte di prova dichiarativa decisiva, che rischierebbe di essere alterata proprio dal confronto con l'imputato». In questo senso anche BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., pp. 8-10. Inoltre, secondo GAMBONI, *La giustizia riparativa non è uno strumento deflattivo*, cit., il legislatore delegato avrebbe potuto indicare criteri più stringenti in forza dei quali consentire tale iniziativa del giudice.

²² Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 411.

²³ In questo senso si veda GUIDI, *Profili processuali della giustizia riparativa*, cit., p. 7.

Alla luce di tali considerazioni, sembra che l'autorità procedente sia chiamata a vestire momentaneamente i panni del futuro mediatore, figura però che presenta delle importanti differenze rispetto al giudice soprattutto con riferimento al suo rapporto con i protagonisti e con la vicenda sottoposta alla sua attenzione. Il mediatore, difatti, si colloca accanto alle parti, non al di sopra di esse²⁴. Diversamente il magistrato è, e necessariamente deve essere, *super partes* ed equidistante rispetto sia alla componente personale del procedimento sia alla vicenda oggetto di accertamento. Invece, una indagine sulla fattibilità del percorso impone all'organo giudicante di scendere dal gradino che lo pone in una posizione di superiorità rispetto agli attori processuali e di darvi ascolto. In questo modo però le emozioni correlate al reato fanno ingresso nella sua sfera cognitiva e ciò può avere ricadute dalla portata ambivalente sulla formazione del suo convincimento: se, da una parte, tale avvicinamento al piano in cui sono collocate le parti potrebbe restituire umanità al giudizio penale, dall'altra potrebbe aumentare il rischio che il magistrato empatizzi con uno soltanto dei soggetti sentiti. Qualora tale scenario si concretizzasse e coinvolgesse lo stesso giudice chiamato a decidere, si determinerebbe un indebolimento della imparzialità dell'organo giudicante, a meno di non voler ritenere sussistente una ipotesi di incompatibilità funzionale, possibilità che tuttavia la riforma non ha preso in considerazione.

Inoltre, affinché il programma possa dirsi utile, è necessario che gli individui coinvolti coincidano con quelli del reato: e qui riemerge il problema poc'anzi evidenziato, dovuto a una distorsione prospettica che non tiene in conto le implicazioni che discendono dall'innesto del percorso riparativo all'interno di un fenomeno per definizione dinamico, qual è il procedimento penale. Il giudice che rinvia l'imputato e la vittima al Centro per la giustizia riparativa, infatti, deve inevitabilmen-

²⁴ Il mediatore deve essere un soggetto terzo munito di una grande capacità di ascolto ma privo del potere di *ius dicere* ovvero del potere decisionale. Egli, inoltre, deve trovarsi in una posizione di equi-prossimità rispetto ai soggetti coinvolti e ciò proprio perché il suo operato non presuppone un distacco rispetto alle parti, ma, al contrario, una vicinanza rispetto ad esse. Cfr. F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in *dirittogiustiziaecostituzione.it*, 6 marzo 2022; R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Diritto penale e processo*, n. 1 (2023), p. 90. Sulla differenza tra equi-prossimità ed equi-distanza v. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 14; MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria*, cit., pp. 41 ss.. Sulla importanza della formazione del mediatore PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 255 ss..

te presumere che essi siano l'offensore e l'offeso. Si tratta però di una circostanza che non è necessariamente vera, in quanto, riprendendo l'impostazione patrocinata già da Francesco Carnelutti decenni or sono, non esiste una perfetta corrispondenza tra le *parti del processo* e le *parti del reato* e ciò è dimostrato dalla possibilità che il processo si concluda con una sentenza assolutoria, che accerta proprio l'estraneità dell'imputato dal reato²⁵. Peraltro, questo ragionamento può essere portato a sviluppi ulteriori considerando che la presunzione di innocenza fornisce un dato conoscitivo essenziale, che ci consente di apprezzare una differenza fondamentale tra il processo penale e ogni altra esperienza giuridica. Il giudizio penale, infatti, non muove da una situazione di incertezza o da una assenza di conoscenza, ma, al contrario da una certezza fornita direttamente dalla Costituzione che non solo impedisce di considerare colpevole l'imputato, ma impone inoltre di considerarlo innocente e quindi estraneo al reato fino a che non sia provato il contrario con condanna definitiva.

Alla luce di queste considerazioni, risulta dunque difficile immaginare che il giudice che eserciti il potere di cui all'art. 129 *bis* c.p.p. rimanga un soggetto assolutamente scevro da pre-giudizi nei confronti dell'imputato e della sua responsabilità.

Peraltro, tale pre-condizionamento si manifesta in misura ancora maggiore nel momento in cui egli viene a conoscenza della conclusione del programma riparativo mediante l'acquisizione della relazione trasmessa dal mediatore²⁶. A questo proposito risulta indifferente l'esito del percorso, posto che in entrambi i casi potrebbero esserci delle ingerenze sulla valutazione dell'organo giudicante e sulla natura del provvedimento decisorio. Se è di immediata intuizione il potenziale rischio di ritorsione contro l'imputato in caso di fallimento del tentativo riparativo²⁷, non possono neppure trascurarsi le conseguenze dell'auspicabile successo del percorso riparativo. La riuscita del pro-

²⁵ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma 1946, p. 125.

²⁶ Art. 129 *bis* c.p.p. c. 5.

²⁷ GUIDI, *Profili processuali della giustizia riparativa*, cit., pp. 9-10 afferma che è presumibile che il giudice che viene a conoscenza dell'esito negativo del programma attribuisca, anche se istintivamente e a livello di inconscio, la responsabilità dell'insuccesso all'imputato anche nei casi in cui la causa sia addebitabile alla vittima. In queste particolari ipotesi, dunque, la segretezza e la riservatezza si rivelano pregiudizievoli per la persona accusata, in quanto impediscono al giudice di venire a conoscenza delle effettive ragioni che hanno impedito la riuscita del percorso riparativo.

gramma implica una serie di passaggi, quali la dichiarazione della propria non estraneità ai fatti e il compimento di attività riparative che possono sostanziarsi o in dichiarazioni o scuse formali (c.d. *esito simbolico*) oppure in un risarcimento del danno o in una restituzione o riparazione delle conseguenze dannose del reato (c.d. *esito materiale*)²⁸. Ora, pur escludendo che al giudice siano comunicati espressamente questi adempimenti, trattandosi di attività necessariamente prodromiche al raggiungimento dell'esito riparativo, è *in re ipsa* che egli ne abbia contezza e ciò potrebbe condizionarlo al momento della decisione sulla responsabilità dell'accusato.

I risvolti problematici individuati fino a questo momento si riferiscono principalmente all'ipotesi in cui l'invio al percorso riparativo sia disposto dal giudice. Tuttavia non è questa l'unica possibilità contemplata dal legislatore delegato: l'art. 129 *bis* c. 3 c.p.p. consente altresì che l'invio sia disposto dal pubblico ministero, il quale, nella fase delle indagini preliminari, risulta titolare esclusivo di tale potere²⁹. A tal fine il legislatore ha ritenuto la conoscenza del fascicolo e la possibilità di attivarsi d'ufficio quali ragioni sufficienti a consentire al magistrato requirente di attivarsi anche in questo senso³⁰, senza però tenere conto delle implicazioni che questa scelta comporta sul piano sistematico.

Invero, le prime perplessità sorgono con riferimento alla collocazione della norma: la disposizione di nuovo conio, infatti, è stata inserita nel Titolo dedicato agli «atti e provvedimenti del giudice» e do-

²⁸ L'art. 56 D. Lgs. 150 del 2022 chiarisce espressamente cosa si intenda per esito simbolico e materiale. In particolare, il primo consiste in «dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi»; il secondo, invece, comprende «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».

²⁹ Ai sensi dell'art. 45 *ter* disp. att. c.p.p., infatti, il giudice per le indagini preliminari può esercitare tale potere in un arco temporale molto limitato che va dalla emissione del decreto di citazione diretta a giudizio fino alla trasmissione dello stesso, insieme al fascicolo, al giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale. Cfr. anche M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, p. 16. Sulla scelta di assegnare tale potere al pubblico ministero si veda PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 290, che critica la soluzione adottata. Secondo l'Autrice, «la figura giurisdizionale, anche in questa fase, avrebbe meglio garantito valutazioni scvre da un'ottica parziale e rispettose dei diritti dell'indagato, in virtù della funzione di controllo e di garanzia che le spetta nel corso della fase stessa».

³⁰ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., pp. 16, 19.

vrebbe dunque rivolgersi esclusivamente all'organo giudicante e non anche a quello inquirente. Non a caso, il pubblico ministero non figura tra i destinatari della disposizione precedente che contempla, come è noto, uno dei principali obblighi ricadenti sul giudice, il quale deve prosciogliere l'imputato in qualunque tempo dell'*iter* processuale risulti una delle situazioni individuate nell'art. 129 c. 1 c.p.p. Questa scelta sistematica solleva non poche difficoltà, dato che il titolare delle indagini, qualora ritenesse sussistente una delle condizioni indicate nella norma, non è legittimato a dichiarare il proscioglimento, dovendo piuttosto richiedere al giudice l'archiviazione. D'altra parte, appare problematico che l'art. 129 c.p.p. non debba trovare applicazione a fronte della scelta dell'autorità procedente di inviare i soggetti coinvolti al centro per la riparazione, trattandosi, come noteremo, di una previsione generale che opera in ogni stato e grado del processo. Peraltro, in aggiunta a tali ragioni sistematiche, anche considerazioni eminentemente pragmatiche spingono verso questa direzione. Come è stato più volte ribadito, presupposto imprescindibile per l'avvio e la riuscita di un percorso riparativo è l'esistenza di un conflitto tra due o più individui. Quest'ultimo, sebbene non debba essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio, quantomeno non dovrebbe essere escluso in radice. A questo fine, sembrerebbe dunque necessaria una valutazione negativa circa l'esistenza delle cause proscioglitive di cui all'art. 129 c.p.p.: in altri termini, l'idea che sembra farsi strada dalla lettura combinata di tali disposizioni è che, affinché il giudice possa utilmente esercitare il potere di invio al centro per la riparazione, debba previamente essere esclusa la possibilità di prosciogliere l'accusato.

Questa, dunque, la primissima valutazione che competerebbe al giudice che decide di esercitare il potere di cui all'art. 129 *bis* c.p.p., a meno di non voler ritenere che tale norma disattivi quella che la precede, possibilità che, come si vedrà successivamente, non è immediata e, anzi, incontra ostacoli di non poco conto. Di certo, tutte le valutazioni sottese all'esercizio dei poteri di cui all'art. 129 *bis* c.p.p. influiranno sul *modus procedendi* dell'autorità giudiziaria e sul suo approccio al caso sottoposto alla sua attenzione, che invece dovrebbe essere ispirato unicamente ai principi della presunzione di innocenza e di imparzialità, quali che siano le scelte difensive che decida di effettuare in concreto l'interessato e persino a fronte di un'ammissione di responsabilità penale. Come abbiamo già notato, i momenti di frizione tra un modello di *restorative justice* accessibile in ogni stato e grado del pro-

cedimento e il principio sancito dall'art. 27 Cost. non vengono meno semplicemente escludendo l'ammissione di responsabilità come presupposto per la riparazione. Questa scelta elude il problema ma non lo risolve, anzi solleva questioni ancora più delicate, che possono essere comprese muovendo da una disamina delle dinamiche relative alla cognizione penale e alla dialettica fra i soggetti del procedimento fin dalla fase investigativa, tanto più che proprio la riforma favorisce un'applicazione il più possibile anticipata della giustizia riparativa.

4. *Accertamento e giustizia riparativa*

4.1. *Cognizione del fatto e prospettive proscioglitive in alternativa all'iter riparativo*

Le considerazioni fin qui svolte pongono le necessarie premesse per analizzare se e in che misura il nuovo modello di riparazione si concili coi compiti e gli obiettivi propri di quell'esperienza giuridica unica e peculiarissima che è il giudizio penale. Si tratta di un problema ineludibile, data la scelta operata dai riformatori d'innestare, in via privilegiata benché non esclusiva, i percorsi riparativi all'interno del procedimento penale. E certamente la messa a fuoco del corretto ruolo della presunzione d'innocenza all'interno del giudizio penale fornisce la migliore chiave interpretativa per la compiuta comprensione delle nuove dinamiche cognitive di cui oggi il processo si fa carico, sottoponendo all'interprete interrogativi di eccezionale rilevanza che dischiudono questioni affatto inedite. Iniziando da uno apparentemente inconcepibile: se la straordinaria flessibilità della presunzione d'innocenza rifugge da rigide distinzioni e formalismi, ed essa estende la propria portata garantistica anche a colui la cui posizione soggettiva non sia ancora stata neppure formalizzata quale soggetto indagato, potremmo ribaltare l'impostazione corrente e guardare al rapporto fra presunzione d'innocenza e giustizia riparativa da una diversa prospettiva, nella quale il percorso riparativo costituirebbe una parentesi procedimentale autonoma? Una parentesi nella quale, non vigendo etichette, neppure tale presunzione dovrebbe avere applicazione ed essa si troverebbe insomma temporalmente disapplicata? Così naturalmente non è e non può essere in alcun modo, proprio in virtù della scelta d'incasellare i programmi riparativi all'interno delle dinamiche del

processo penale tanto nel suo sviluppo ordinario quanto in taluni significativi procedimenti alternativi. Sennonché, se proprio l'estrema attenzione rivolta a evitare pericolose etichettature all'inizio del percorso riparativo è funzionale allo scopo di preservare la fondamentale garanzia della presunzione d'innocenza, cosa accade nelle anse di questo procedimento incidentale dalle finalità non persecutorie, anzi dichiaratamente votato a eliminare o, a seconda dei casi, ad attenuare l'eventuale risposta punitiva? Come si compone la tensione tra l'esigenza di riparazione di un conflitto la cui esistenza si dà per assodata e conoscenza dei fatti che, intesa in termini rigorosi, implica anzitutto la verifica dell'ipotesi criminosa che costituisce la premessa del conflitto medesimo?

Un punto può darsi comunque ormai per fermo a questo stadio della nostra argomentazione, ed è che la presunzione d'innocenza non fornisce solo una formidabile garanzia individuale, uno scudo possente contro l'arbitrio e l'errore dell'autorità, come nitidamente intravide Francesco Carrara, ma rappresenta anche una garanzia fondamentale per il processo medesimo, affinché questo possa assolvere coerentemente alla propria funzione d'accertamento senza ipoteche derivanti dall'assunzione di posizioni predefinite. E per questo tramite essa dunque rappresenta una garanzia per l'ordinamento giuridico complessivamente inteso che, se non potesse affidarsi a un giudizio penale robustamente imperniato sull'idea che l'imputato, fino all'ufficiale dichiaratoria di responsabilità penale, non possa essere trattato come colpevole, ritornerebbe culturalmente alle epoche buie in cui, a seconda dei contesti di riferimento, non esisteva una netta linea divisoria tra colpevolezza e innocenza *in itinere iudicii*, anzi il destinatario di un'indagine penale, per il sol fatto di ritrovarsi coinvolto in un procedimento criminale, veniva esposto, dentro e fuori del processo, a un giudizio chiaroscurale che anticipava progressivamente il verdetto di responsabilità finale. Non pare insomma azzardato sostenere che la presunzione d'innocenza, al di là della sua indubbia rilevanza nell'ambito della giustizia penale, sia uno dei pilastri su cui si erge l'intero ordine giuridico, e quasi le colonne d'Ercole di ogni società civile e culturalmente matura, oltrepassate le quali si ricade nella barbarie: ed essa deve quindi preservarsi per tutto lo svolgersi del procedimento penale e fin dalle primissime tappe³¹.

³¹ Rileva opportunamente Giulio Illuminati che, "anteriormente all'imporsi della procedura moderna, non esisteva nel processo una chiara distinzione tra imputato e

Questa semplice constatazione conferma la necessità di assicurare la tenuta di tale principio anche durante tutto l'*iter* della riparazione, ossia prima, durante e dopo il percorso riparativo; l'obbligo di trattare l'imputato alla stregua dell'innocente, secondo quanto abbiamo visto, non viene del resto meno, semmai piuttosto si rafforza, allorché questi decida dichiarare se stesso colpevole o di ammettere l'addebito elevatogli. E proprio ora il riconoscimento del poliedrico ruolo della presunzione d'innocenza e della sua rilevanza per la tenuta dell'ordinamento ci consente ora di apprezzare nei suoi esatti termini la portata dei nuovi poteri dell'autorità giudiziaria, quali discendono dal nuovo art. 129 *bis* c.p.p., alla luce delle funzioni che il sistema processuale assegna alla magistratura inquirente e giudicante. In effetti un'indagine sistematica della materia ci porta a ritenere che il giudice, laddove si prefigga di dare avvio a un percorso riparativo, anzi prima di avviarlo, non può arrestare le proprie verifiche a quelle previste in tale disposizione, dovendo sempre puntualmente considerare tutte le alternative proscioglitive tracciate da quella fondamentale previsione dell'art. 129 c.p.p. che rappresenta un dovere immanente all'esercizio della giurisdizione penale, per l'appunto, in ogni momento dell'*iter* processuale e fin dalla sua stessa investitura. Sostenere il contrario significa accettare apoditticamente che gli unici apprezzamenti richiesti al giudice che si appresti a disporre l'inizio di un percorso riparativo siano quelli contemplati da tale nuova disciplina, la cui introduzione avrebbe avuto il singolare effetto di rendere non operativa in questa fase una disposizione applicabile in ogni stato e grado del processo. E ciò soprattutto implicherebbe anche la necessità di sopportare il rischio d'immettere nel circuito della giustizia riparativa una persona che potrebbe già meritare una decisione proscioglitive: un rischio del tutto intollerabile per l'ordinamento che – a prescindere dalle valutazioni che intenda fare il singolo, il quale per avventura potrebbe anche considerarsi (o ritenere opportuno considerarsi) coinvolto nella vicenda criminosa – finirebbe così per esporlo a un trattamento ambiguo e non poco pregiudizievole nei suoi confronti, privando al contempo se stesso di una condizione essenziale per la sua tenuta costituzionale. Del resto una disamina della problematica nella prospettiva delle situazioni soggettive ricadenti sul giudice sembra confermare l'esattezza

colpevole: ma più per la carente affermazione del momento giurisdizionale come condizione di applicabilità della pena, che per una razionale presunzione di reità". Così ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 14.

di tale conclusione: poiché, se la legge consente al giudice di soppesare i costi e i benefici del percorso riparativo e la sua praticabilità rispetto al caso concreto, non imponendogli di disporlo sempre e comunque, ben diversa è la situazione giuridica contemplata dall'art. 129 c.p.p., il quale stabilisce un dovere giuridico che costantemente, come dicevamo, accompagna l'esercizio della giurisdizione.

Né tale nuovo assetto può considerarsi esclusivo degli organi dotati del potere di *ius dicere*. Abbiamo osservato quanto poco felice sia stata la scelta d'inserire un inedito potere dispositivo del pubblico ministero all'interno di un corpo normativo concernente atti e provvedimenti del giudice: una scelta le cui motivazioni, a ben vedere, rivelano l'ambiguità di fondo che contraddistingue le valutazioni demandate all'autorità giudiziaria di fronte all'alternativa tra il procedere *ex auctoritate* e il procedere per riparazione. Se infatti le valutazioni richieste al magistrato fossero davvero inerenti alla sola sfera degli apprezzamenti relativi al percorso riparativo, senza la benché minima considerazione dei *merita causae*, perché mai si sarebbero dovute affidare nelle indagini preliminari al pubblico ministero, che ha costruito l'ipotesi criminosa ed è chiamato a testarne la tenuta in forza delle risultanze acquisite dagli organi inquirenti? E perché perdipiù si sarebbe dovuto conferire tale potere al pubblico ministero in via esclusiva, sottraendolo radicalmente al giudice per le indagini preliminari, che non ha alcun potere investigativo e al fascicolo delle indagini neppure ha accesso?

Riguardando le cose da un'altra prospettiva, si potrebbe argomentare che la mancanza di potere di *ius dicere* in capo al titolare delle indagini lo ponga in una posizione privilegiata rispetto al giudice, sottraendo quest'ultimo al rischio di pregiudizi derivanti da decisioni anticipate sulla *res iudicanda* che, esulando dai suoi compiti, lo solleverebbero dunque anche dagli apprezzamenti concernenti le situazioni indicate nell'art. 129 c.p.p. Ma una simile argomentazione, se mai venisse formulata, risulterebbe viziata nelle premesse: se nessuno dubita del fatto che l'art. 129 c.p.p. in sé non sia operante nella fase investigativa, nella quale, nel suo sviluppo ordinario, non è possibile pervenire ad alcuna pronuncia proscioglitrice, da ciò non può farsi tuttavia discendere l'inapplicabilità della logica di questa fondamentale previsione nella fase investigativa quando sia in gioco la prospettiva di un percorso riparativo; e ancor meno si potrebbe pensare che essa non debba costituire una valida alternativa, anzi la necessaria premessa per la corretta instaurazione dell'*iter* della riparazione in sede processuale. Del resto la stessa

prospettiva di un processo che si arresti subito con un provvedimento proscioglitivo sulla base di presupposti già individuati nella fase investigativa non consente oggi al pubblico ministero di formulare una valutazione di meritevolezza del giudizio sulla base di (almeno) una ragionevole previsione di condanna: il che produce così un risultato acceleratorio nella gestione dell'indagine penale da parte del suo titolare, il quale, oggi ancor più di ieri, deve concludere le indagini e sollecitare una pronuncia archiviativa ad opera del giudice, senza e prima ancora di prendere in considerazione l'alternativa della riparazione³².

Si dirà che in questo modo chi viene coinvolto in un percorso di riparazione si troverà gravato da un giudizio anticipato, se non di colpevolezza, comunque di verosimile coinvolgimento nella vicenda criminosa. Ma è un timore in larga misura infondato; molto più consistente è il pericolo che sia esposto alla pressione dell'alternativa fra riparare e subire un processo penale l'imputato che meriti una soluzione proscioglitiva e, in misura non minore, l'indagato che meriti una conclusione archiviativa. Proprio per ridurre i rischi di pressioni psicologiche nei confronti dell'indagato appare oltremodo necessario eliminare la titolarità del pubblico ministero nell'avvio *ex auctoritate* del percorso riparativo nella fase investigativa e recuperare un'autentica logica della giurisdizione, ciò che finirebbe per valorizzare d'altronde l'impostazione seguita dagli stessi riformatori che hanno prescelto la collocazione della giustizia riparativa nell'alveo dei provvedimenti di competenza del giudice. Tale soluzione appare auspicabile anche in considerazione del peso delle alternative che si prospettano dinanzi al soggetto indagato. Non si può infatti sottovalutare la circostanza che in questa peculiare fase l'alternativa al percorso riparativo sia costituita non soltanto dalla prosecuzione dell'indagine, con tutte le possibili misure che in essa, e solo in essa, trovano fondamento, ma anche dall'immediata instaurazione di un processo penale con tutti gli effetti estremamente pregiudizievoli che derivano anzitutto dalla caduta del segreto investigativo e dalla sottoposizione al giudizio di quello che un tempo si chiamava tribunale dell'opinione pubblica, oggi divenuto un potere leviatano nell'era dei *social network*³³.

³² Opportunamente segnalava la rilevanza anticipata di questa previsione nella fase investigativa già all'indomani della riforma del 1988 E. MARZADURI, sub *art. 129 c.p.p.*, in Aa. Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cur. M. Chiavario, II, Utet, Torino 1990, p. 118 s..

³³ *Relazione illustrativa*, cit., p. 411.

Ma a ben vedere, per contenere in radice i pericoli legati alla gestione del potere di dar avvio al percorso riparativo nel corso dell'indagine, occorre insomma una soluzione ancor più drastica e coraggiosa, che a nostro parere è quella di attribuire al giudice per le indagini preliminari il generale obbligo di sondare, magari a cadenze periodiche, la praticabilità della riparazione, a prescindere da qualsiasi sollecitazione da parte del titolare delle indagini. È però chiaro che una simile soluzione, che avanziamo qui problematicamente *de lege ferenda*, richiederebbe una ben più ampia rivisitazione delle dinamiche complessive delle indagini rispetto a quella operata dalle ultime riforme legislative, le quali, nonostante le chiare indicazioni provenienti da fonti normative e giurisprudenziali europee³⁴, hanno mantenuto inalterato un assetto nel quale il giudice per le indagini preliminari continua a rimanere in una situazione di tendenziale oscurità circa l'andamento delle indagini degli organi inquirenti. Naturalmente l'intervento dell'autorità giurisdizionale nella fase investigativa sarebbe plausibile solo sul presupposto che siano già maturate le condizioni perché possa essere considerata l'alternativa fra riparazione e procedibilità, e dunque fra un procedimento penale a connotazione riparativa e un processo penale a caratterizzazione persecutoria. E se ciò, per le ragioni dette, non può significare che il primo, a differenza del secondo, prescinda da una logica di accertamento, della quale anzi ancor più abbisogna per escludere in via preliminare il rischio di un percorso non necessario e pregiudizievole nei riguardi di chi già meriterebbe una decisione proscioglitrice, dobbiamo giocoforza concludere che l'instaurazione dell'*iter* riparativo, per quanto lo si voglia anticipare, deve per l'appunto presupporre l'esistenza di un'accusa in materia pe-

³⁴ Basterebbe pensare alle puntuali indicazioni che possono ricavarsi dalla Dir. 2012/13/UE, la cui previsione di un controllo giurisdizionale su ogni possibili limitazione (quantitativa o qualitativa) delle informazioni ostensibili alla difesa nella fase investigativa, in forza del generale riconoscimento del diritto di accesso agli atti, presuppone chiaramente che il giudice del controllo abbia piena conoscenza delle risultanze investigative e possa testare la sostenibilità della limitazione, e non ne subisca invece le conseguenze, come ad oggi accade al giudice per le indagini preliminari. E non si può non ricordare la lucida posizione che oltre trent'anni fa assunse Massimo Nobile al riguardo, segnalando l'indipendenza delle due variabili costituite dalla scelta di non attribuire alcun potere d'indagine diretta al nuovo giudice di garanzia e la soluzione di privarlo di occhi sulla gestione delle indagini. Cfr. M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzabilità degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.* (1989) V c. 277.

nale, intesa in un'accezione simile a quella che, come abbiamo visto, ha da anni assegnato a questa categoria la giurisprudenza europea.

Ora ciò comporterebbe un risultato duplice e, a nostro avviso, doppiamente positivo: restituirebbe nelle mani di un'autorità indipendente e non direttamente coinvolta nelle indagini la responsabilità dell'avvio del percorso riparativo ed eviterebbe a monte qualsiasi interferenza tra riparazione, prosecuzione delle investigazioni e instaurazione del processo. Ma è chiaro che consegnare al giudice le leve del percorso riparativo e spostarne temporalmente l'avvio al momento in cui il titolare delle indagini abbia ritenuto di formulare un'accusa e instaurare un processo, non può avvenire con un assetto normativo che, come l'attuale, veda la risposta dell'autorità giudiziaria che ritenga integrata una delle situazioni indicate nell'art. 129 c.p.p. nella fase investigativa tradursi in un provvedimento dotato della forza effettuale di un provvedimento archiviativo. Se non si vuol richiedere necessariamente l'esercizio dell'azione processuale con le forme stabilite dall'art. 60 co. 1 c.p.p. e si vuol lasciare aperta la possibilità di collocare la riparazione pure nella fase preliminare, ben si potrebbe allora pensare di rispolverare l'istituto dell'imputazione preliminare di carnaluttiana memoria; andrebbe comunque richiesto al pubblico ministero un momento di responsabile formalizzazione dell'addebito, se non si vuol ritornare alle pericolose incertezze che caratterizzavano lo spartiacque fra preistruzione e istruzione nel sistema processuale del 1930. E proprio a questo momento si potrebbe ipotizzare di legare un procedimento incidentale di tipo camerale nel quale il giudice – una volta che il titolare delle indagini abbia individuato e conferito consistenza all'ipotesi criminosa – in contraddittorio con la difesa sia chiamato a valutarne il fondamento ai fini della praticabilità del percorso riparativo, congiuntamente alla disamina dei presupposti specificamente previsti per quest'ultimo dall'art. 129 *bis* c.p.p. In altri termini, a uno slittamento in avanti del momento in cui si collocherebbe l'avvio del procedimento di riparazione dovrebbe anche corrispondere, per una sorta di proporzionalità inversa, l'anticipazione, in confronto alle consuete scadenze processuali, del tempo in cui potrebbe concludersi il procedimento con una pronuncia propriamente proscioglittiva.

In una direzione assai diversa si è mossa la riforma Cartabia, la quale ha non solo arretrato indistintamente a qualunque momento della fase preliminare la possibilità di dare avvio a un percorso riparativo ma l'ha anche ancorato a momenti procedimentali non tutti espressivi di scelte imputative del pubblico ministero, anzi alcune legate a logiche diame-

tralmente opposte a quella imputativa. Così, se ragionevole appare la soluzione adottata in sede di avviso di conclusione delle indagini, la cui attivazione presuppone una scelta accusatoria ormai definita dal titolare delle indagini, assai discutibile risulta l'ipotesi prevista dal nuovo co. 3 dell'art. 408 c.p.p.: poiché è chiaro che solo a prezzo di una finzione giuridica si può ritenere che l'indagato possa considerarsi indicato come autore del reato e la persona offesa come vittima, a fronte di una richiesta archiviativa avanzata dal pubblico ministero che potrebbe essere espressiva di un riscontrato difetto di tipicità e persino di rilevanza penale dell'ipotesi fattuale, o potrebbe comunque attestare l'estraneità del singolo indagato alla vicenda criminosa.

Si potrebbe obiettare che una valorizzazione della giurisdizione penale fin dalla fase preliminare, con la conseguente possibilità di ampliare l'arco procedimentale nel quale l'imputato potrebbe godere di una pronuncia proscioglitrice, risulti dissonante rispetto alle tradizionali categorie del diritto processuale. Ma così non è a ben riflettere, dato che già il vigente sistema processuale contempla ipotesi di sentenze che definiscono il procedimento a séguito di accertamenti che ben possono avere luogo pure nella fase preliminare: un esempio per tutti può desumersi dalla (nuova) ipotesi di definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato che ai sensi dell'art. 72 *bis* c.p.p. si realizza appunto con sentenza. Una conclusione proscioglitrice delle indagini in luogo della sottoposizione della persona indagata al percorso riparativo, e alle conseguenze che possono discendere dal riconoscimento della non estraneità ai fatti essenziali che l'imputato è chiamato a compiere, apporterebbe del resto vantaggi non indifferenti sul piano sia pratico sia teorico: il principale dei quali pare quello di emancipare l'esercizio della giurisdizione da un approccio formalistico alle cadenze procedimentali in nome di un valore supremo dell'ordinamento qual è la compiuta tutela del *favor innocentiae*. Un'emancipazione che, peraltro, sortirebbe l'ulteriore risultato di avvicinare il nostro sistema processuale alla logica di progressivo ampliamento del novero di provvedimenti dotati di efficacia di *ne bis in idem* operato dalle Corti europee, e in particolare dalla Corte di giustizia, che già nella storica decisione *Gözütok e Brügge* riconobbe forza preclusiva di giudicato, sul piano transnazionale, a un provvedimento archiviativo conclusivo di un procedimento dal carattere transattivo³⁵.

³⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, par. 31 ss.

4.2. *I rapporti fra percorso riparativo e procedimento penale: dalla cognizione-comprensione alla cognizione-accertamento*

Anche allo stato della normativa attualmente vigente, e al netto della riforma appena varata, non sembra si possa comunque contestare che l'autorità giudiziaria, prima inquirente e poi giudicante, sia chiamata a un apprezzamento preliminare della *res iudicanda*: e nulla soprattutto ci induce a ritenere che esso debba tradursi in una mera deliberazione o, come talora accade per altre esperienze procedurali, nella semplice attestazione dell'assenza di situazioni idonee a determinare una conclusione proscioglitrice del procedimento. Che poi una simile valutazione preliminare del fatto possa risolversi, laddove non si pervenga a un immediato proscioglimento, in una pericolosa ipotesi per l'*iter* riparativo e addirittura pregiudicare il successivo corso del procedimento penale è – conviene ribadirlo – cosa tutta da dimostrare. Più di un argomento sembra anzi deporre a favore dell'opposta conclusione, e lo riprova le indagini condotte sul tema della riparazione negli ultimi anni, le quali riflettono perlopiù una visione sostanzialistica che, come abbiamo notato, muove dall'esistenza di un conflitto fra soggetti con un ruolo già processualmente definito. E poiché solo il giudizio penale può dire se si sia realizzata un'offesa dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice a séguito della concreta vicenda di vita imputata, e se Tizio l'abbia subita e Caio l'abbia arrecata, è evidente che, finché ciò non sia avvenuto, come non possiamo (né soprattutto dobbiamo) riferirci a un reo, così neppure possiamo propriamente parlare di offeso o vittima di reato. Naturalmente una impostazione a tal punto rigorosa porterebbe a confinare la giustizia riparativa nei soli spazi dell'esecuzione penale, finendo col frustrare non tanto la funzione deflattiva, che in sé – occorre rimarcarlo – non costituisce una cifra essenziale della giustizia riparativa, quanto l'idoneità del percorso riparativo a evitare la pena del processo, la quale tale ben può rivelarsi non solo per l'imputato ma anche per la stessa vittima. Di qui l'esigenza di arretrare il tempo in cui può trovare collocazione il percorso della riparazione, esigenza coltivata dalla riforma Cartabia, che ha fatto collimare l'ambito applicativo con l'intero asse del procedimento penale dalle prime tappe della cognizione investigativa sino alla fase dell'esecuzione.

Sennonché è chiaro che una simile esigenza non può essere perseguita su presupposti fattuali inconsistenti e mediante l'attribuzione ai

soggetti coinvolti nell'*iter* della riparazione di vesti processuali su basi ancora del tutto indefinite. Qui soccorre la categoria dell'apparenza giuridica³⁶, che nello specifico ambito che ci interessa s'intreccia con quella, non meno fondamentale, dei giudizi in ipotesi, della quale l'esempio forse più emblematico si riscontra nelle decisioni sul reato estinto emanate nel corso del processo ai sensi proprio dell'art. 129 cpv. c.p.p.³⁷. Il ricorso a queste due essenziali categorie teorico-generalistiche si rivela di enorme utilità per una corretta ricostruzione della problematica in esame e considerevoli appaiono le analogie fra questa e la situazione in cui *in itinere iudicii* venga apprezzata la ricorrenza di una causa estintiva del reato. Analogamente a quanto accade in quest'ultima evenienza, la constatazione del ricorrere delle condizioni per avviare una soluzione riparativa non solo non esime l'autorità giudiziaria dalla verifica dell'ipotesi criminosa, e in generale di tutti i presupposti per un'immediata decisione di proscioglimento, ma addirittura rafforza l'obbligo di condurre tali accertamenti, per evitare che la persona imputata debba affrontare la difficile decisione se subire un ormai superfluo ulteriore corso del procedimento, ovvero soggiacere a un percorso riparativo non necessario. Quest'obbligo appare anzi potenziato nella fattispecie che qui interessa, nella quale le situazioni corrispondenti a tutte le pronunce proscioglitive di cui al co. 1 dell'art. 129 c.p.p., quindi anche situazioni ulteriori rispetto a quelle contemplate dal cpv. della stessa previsione, devono essere meticolosamente considerate. Ma quel che più è rilevante è che in entrambi i casi l'ordinamento non può accontentarsi di un proscioglimento confinato alle sole ipotesi di provata innocenza o totale assenza di prova della

³⁶ A. FALZEA, s.v. «Apparenza», in A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*², Giuffrè, Milano 1978, pp. 3 ss.

³⁷ Fondamentali le indagini da Franco Cordero sul tema, sin da *Procedura penale*, I ed., Giuffrè, Milano 1966, p. 293. In realtà una disamina a più ampio raggio delle dinamiche cognitive del giudizio penale mostra come per un verso la cifra ipotetica sia inerente a una classe ben più ampia di situazioni rispetto a quelle riconducibili agli accertamenti di cause estintive, per un altro le decisioni ipotetiche siano da distinguere da quelle relative ad accertamenti incompleti e legati al diverso fenomeno dell'assorbimento: in proposito, e anche per una proposta di ridefinizione della dialettica fra rito e merito, sia consentito rinviare a S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in <https://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/09/Ruggeri-Contributo-9-9-21-2.pdf>

colpevolezza: se così fosse, non solo verrebbe stravolto il senso della presunzione d'innocenza, ma soprattutto l'imputato si vedrebbe esposto a un percorso idoneo a condurre a una declaratoria estintiva, sulla base di un giudizio fondato su un'ipotesi criminosa che ben potrebbe essere del tutto inconducente.

Tale conclusione – analogamente a quanto avviene per tutte le situazioni, legate all'apprezzamento a gioco in corsa di situazioni d'improcedibilità o cause estintive, idonee a portare a un giudizio ipotetico – deve condurre l'interprete a riconsiderare in una prospettiva del tutto diversa le dinamiche che s'instaurano al crocevia fra procedimento penale e percorso riparativo: e questo soprattutto in considerazione della necessità di non pregiudicare l'ineliminabile vocazione cognitiva del processo penale, adattandola coi compiti e le funzioni proprie dell'*iter* riparativo, anzitutto in termini di comprensione delle ragioni dell'accaduto, passaggio essenziale per un'effettiva ricomposizione del conflitto generato dal reato. Se quest'ultimo, in quanto non ancora accertato in via definitiva, non può considerarsi giuridicamente esistente così da legittimare le sue ordinarie conseguenze sanzionatorie, ciò non significa che l'ordinamento non possa valorizzarne l'apparire. Tuttavia quest'apparire – è qui il punto cruciale – non può essere un fantasma, un vuoto involucro ma deve avere una consistenza tale da giustificare l'assoggettamento a un percorso che ben può comportare costi non indifferenti, anzitutto sul piano della dignità umana, per tutti i partecipanti. Insomma, deve trattarsi di una fondata e solida parvenza di responsabilità individuale, se così vogliamo dire, il che impone un giudizio per definizione proiettato alle dinamiche di una cognizione futura in un giudizio, che non pochi punti di contatto presenta coi giudizi prognostici, ma che, a un'attenta analisi, rivela anche significative diversità rispetto ad essi, essendo orientato verso un esito condannatorio non certo escluso dall'ordinamento, come avviene nel caso della declaratoria estintiva, ma da esso comunque sfavorito, o tale da assumere altre fattezze proprio in ragione del percorso riparativo³⁸.

A ben vedere, un simile giudizio ipotetico non solo sembra porre le corrette premesse per lo svolgimento del percorso riparativo, ma appare addirittura l'unico idoneo a consentire che il cammino della ripara-

³⁸ Ritengo così di parzialmente rettificare l'opinione espressa in S. RUGGERI, *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, in <https://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Ruggeri-bozze-16-4-21.pdf>, pp. 25 ss.

zione si realizzi sul fondato presupposto che il reato ipotizzato sia stato commesso e che un conflitto sia ancora in atto tra chi, pur assistito dalla presunzione d'innocenza, può ragionevolmente considerarsi gravato da un qualificato *fumus delicti* e chi da quell'ipotesi di reato può ragionevolmente dirsi l'offeso. Se così non fosse, elevatissimo come abbiamo osservato, sarebbe il rischio di dare per assodata l'esistenza del conflitto che nel concreto potrebbe risultare mai esistito, o comunque non più attuale: il che finirebbe per orientare a una logica pericolosamente retributiva la stessa sottoposizione al percorso riparativo e le condotte, risarcitorie o riparatorie, che l'imputato dovesse adottare a conclusione dello stesso.

Ciò posto, si tratta ora di analizzare le interazioni che sul piano della cognizione si realizzano fra percorso riparativo e giudizio penale, esaminando distintamente il rapporto che il primo instaura col precedente e col successivo corso del procedimento penale. La riforma Cartabia si è preoccupata dettagliatamente del secondo problema, tralasciando invece il primo: probabilmente per la convinzione che nessuna valutazione di merito esprimesse la scelta dell'autorità giudiziaria di disporre l'avvio del percorso riparativo, il quale avrebbe quindi dovuto muovere su una base cognitiva del tutto vergine e perseguendo obiettivi propri e distinti da quelli del giudizio penale a stampo persecutorio e con finalità accertativa. Quest'ultima conclusione è senz'altro esatta, dato che esula dai compiti del centro per la giustizia riparativa qualsiasi funzione anche solo lontanamente assimilabile a quel *iudicium* che è e rimane nelle mani del giudice. Da ciò non discende tuttavia la correttezza della premessa, che abbiamo visto essere foriera di pericolose inferenze per l'intero corso dell'*iter* riparativo, il quale rischierebbe altrimenti di fondarsi sulle sabbie mobili. Diciamo piuttosto che il mediatore, se deve muovere dal (e anzi deve dare per assodato il) giudizio in ipotesi di responsabilità compiuto dall'autorità giudiziaria, né avrebbe alcuno strumento per contestarlo, non per ciò è esonerato dal dovere di trattare l'imputato come innocente in forza della presunzione di cui all'art. 27 Cost. che, come abbiamo visto, impone una garanzia e una regola di condotta per l'intero ordinamento, non solo riduttivamente per l'autorità giudiziaria. Benché la tutela della presunzione d'innocenza non risulti in alcun modo indebolita nel percorso riparativo, non essendo minimamente inficiata ma, al contrario, rafforzata da quel giudizio in ipotesi di responsabilità che scaturisce da una corretta interpretazione delle dinamiche intercorrenti fra le valu-

tazioni previste dagli artt. 129 e 129 *bis* c.p.p., non sembra comunque congruo, e soprattutto in linea con l'esigenza di salvaguardare appieno la dignità della persona cui il reato è attribuito, che questi sia chiamato a riconoscere in premessa la propria non estraneità ai fatti.

D'altra parte, l'esclusione di qualsiasi compito di accertamento in senso stretto a carico del mediatore non significa anche che questi sia esonerato da compiti cognitivi, benché essi si ispirino a logiche e paradigmi funzionali notoriamente assai diversi da quelli della giustizia tradizionale su base persecutoria-accertativa, in quanto in grado di accogliere anche e soprattutto le istanze emotive dei partecipanti. Quale che sia la strada per la risoluzione del conflitto, conviene infatti ribadire che l'opera del mediatore esige sempre una puntuale verifica delle ragioni e soprattutto dell'attualità dello stesso. Se non deve né potrebbe fornire certezza giuridica su un fatto del passato, il mediatore deve pertanto comprendere gli effetti dello stesso nel presente e le ripercussioni che possono discendere dal suo mantenimento in vita, e dal rischio che esso anzi si alimenti, tramite il giudizio e l'eventuale risposta punitiva. Una cognizione, insomma, finalizzata non all'accertamento bensì alla comprensione, in linea con la già menzionata necessità d'improntare l'intero cammino della riparazione all'obiettivo ultimo di capire come e soprattutto perché si sia realizzata l'offesa e cosa si possa fare per attenuarne, o elidene la carica conflittuale, senza alcuna pretesa di fornire certezze giuridiche per un'azione punitiva. Ma anche in questi termini e con le sue peculiari cadenze e funzionalità, la cognizione resta ineludibile nel procedimento riparativo come lo è nel procedimento penale. Diversa resta e deve restare comunque la sua teleologia: ed è questa l'unica via, a ben guardare, affinché il percorso di riparazione non diventi un ulteriore contesto di giudizio, un contesto in cui cioè si giudica e si è giudicati, e possano così, tramite il reciproco ascolto delle ragioni e del punto di vista altrui, costituirsi le giuste premesse per un'effettiva composizione del conflitto che, senza potere ovviamente cancellare quel che è avvenuto, riesca a elidere la sua carica per il futuro.

5. *Giudizio e giudicato nel prisma della riparazione*

5.1. *Gli esiti dell'iter riparativo e le decisioni del giudice*

In definitiva, l'opera del mediatore, se deve per un verso fondarsi su una cognizione ipotetica previa da parte dell'autorità giudiziaria

vòlta a dare consistenza all'apparenza di responsabilità penale, si arricchisce per altro verso di ulteriori importanti funzioni cognitive: e proprio in relazione ad esse si pone il problema del raccordo fra il percorso riparativo, nei suoi molteplici approdi, e il giudizio penale allorché il procedimento riprenda il proprio corso. Abbiamo osservato come la riforma Cartabia abbia dedicato specifica attenzione a tale problema da vari punti di vista, e anzitutto nella prospettiva di evitare che il cammino riparativo possa condizionare gli sviluppi del procedimento penale e la decisione del giudice. La soluzione prescelta è stata peraltro particolarmente drastica, essendo stata esclusa non solo qualsiasi possibilità di utilizzare in sede processuale le informazioni acquisite durante il percorso riparativo ma perfino qualsiasi soluzione vòlta a consentire la conoscenza da parte dell'autorità giudiziaria delle ragioni del successo o dell'insuccesso di tale percorso, il suo esito, quale che sia, deve rimanere racchiuso nelle strette maglie di una sintetica relazione conclusiva.

Il messaggio, insomma, è che ciò che avviene nelle sacche del cammino verso la riparazione deve restare all'interno di quest'ultimo. Ma è, a ben vedere, un messaggio più tendenziale che effettivo. Così è vero che il mediatore deve astenersi dal rendere note al giudice le ragioni del buon esito o dell'insuccesso del percorso riparativo, e in quest'ultimo caso, ancor meno, deve formulare addebiti o giudizi di responsabilità. Tuttavia, a prescindere dal ricorrere di una delle eccezioni alla previsione generale che esclude l'esistenza di un obbligo di denuncia in capo al mediatore quanto a reati commessi nel corso del percorso riparativo, ovvero in ragione dell'assoluta necessità di evitare la commissione di imminenti o gravi reati, esiste comunque la possibilità che talune informazioni concernenti il reato oggetto dell'accertamento penale in corso pervengano al giudice, il quale può sempre chiedere al mediatore di essere messo al corrente circa l'andamento del programma. Che poi tali informazioni non possano di per sé essere utilizzate nel giudizio penale non implica ovviamente che esse non possano influire sul convincimento del giudice. Del resto, l'assenza di un generale obbligo di denuncia in capo al mediatore non implica che questi non debba in alcun modo informare l'autorità giudiziaria, laddove nel percorso riparativo emergano informazioni idonee a dimostrare l'estraneità dell'imputato alla vicenda criminosa o

addirittura l'inesistenza dell'offesa³⁹. Non sembra anzi azzardato ritenere che il mediatore – quale incaricato di pubblico servizio o, al più, pubblico ufficiale⁴⁰ – debba darne prontamente comunicazione al giudice in modo da mettere quest'ultimo in condizione di adempiere con altrettanta immediatezza al proprio dovere di concludere il processo con una pronuncia proscioglitrice.

Altrettanto se non ancor più delicata è poi la questione concernente l'imparzialità del giudizio a séguito di un percorso riparativo. Il problema, che, come già abbiamo visto, sorge anche in considerazione del fisiologico avvicinamento tra il giudice e i soggetti del procedimento che si realizza nel momento in cui l'organo giudicante è chiamato a testare la fattibilità del percorso riparativo, è reso ancora più complesso dall'intreccio di dinamiche cognitive fra procedimento penale e percorso riparativo. D'altra parte, quand'anche si riuscisse a rendere davvero impermeabile il giudizio penale a qualsiasi influenza informativa connessa all'avvio o allo svolgimento dell'*iter* della riparazione, il riconoscimento di precisi doveri di accertamento in capo al giudice che intenda disporre l'avvio di un percorso riparativo, i quali costituiscono, come abbiamo osservato, la necessaria premessa affinché questi possa procedere, laddove ne ricorrano le condizioni, all'immediato proscioglimento dell'imputato, rende già del tutto inadatto lo stesso magistrato all'esercizio della giurisdizione a conclusione dell'*iter* riparativo, quale che sia stato il suo esito. Non è quindi tanto e solo l'esercizio del potere di cui all'art. 129 *bis* c.p.p. quanto la complessiva cognizione demandata al giudice prima che possa esercitare tale potere a legittimare un'ipotesi di riconsiderazione⁴¹ e, più a fondo, a giustificare un'incompatibilità funzionale la cui introduzione *de lege ferenda* dovrebbe essere accuratamente considerata. Ciò certo potrebbe arrecare

³⁹ Quest'ipotesi mostra gli inevitabili limiti della scelta di configurare una pressoché radicale inutilizzabilità delle informazioni acquisite durante l'*iter* riparativo, la quale non consente dunque all'imputato la cui estraneità all'ipotesi criminosa emerge per avventura in tale sede di avvalersi di simili informazioni a suo favore. Probabilmente, *de lege ferenda*, il legislatore dovrebbe riconsiderare le implicazioni di quest'assetto normativo e i vantaggi che l'adozione di una più flessibile condizione di valutazione apporterebbe al sistema, senza comportare rischi e pregiudizi per l'imputato nell'evenienza in cui invece risultino elementi incriminatori durante il percorso riparativo.

⁴⁰ ORLANDI, *Giustizia penale riparativa*, cit., p. 89.

⁴¹ Per una diversa conclusione cfr. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 19.

non pochi disagi a diversi uffici giudiziari con modesta dotazione di personale; ma se l'alternativa dev'essere privare il giudice di qualsivoglia valutazione del fatto prima di dar avvio al percorso riparativo, una simile soluzione finirebbe per causare un pregiudizio a un bene di rango incommensurabilmente superiore qual è la tutela dell'innocenza, ed è un risultato che l'ordinamento non può permettersi di accettare.

Il giudizio, insomma, se per un verso non può rimanere insensibile agli svolgimenti del percorso riparativo, al di là degli angusti limiti della relazione conclusiva, deve per altro verso potersi e realizzare in modo tale da non subire le conseguenze negative derivanti da una decisione già consumata: e quand'anche ciò sia avvenuto solo per una parte della *res iudicanda*, e al solo fine di escludere un immediato proscioglimento quale alternativa alla riparazione, tanto basta per giustificare un mutamento del giudicante.

Resta da stabilire quale peso abbia l'esito conclusivo del percorso riparativo sulla decisione cui è chiamata l'autorità giudiziaria. La riforma Cartabia, mentre si è premurata di radicalmente escludere che l'esito negativo (così come la mancata effettuazione o l'interruzione) del programma riparativo possa incidere sfavorevolmente sul destino processuale dell'imputato, è stata assai più vaga quanto all'influenza che possa discendere da un esito positivo. Che il giudice non debba svolgere una funzione notarile, limitandosi a recepire il prodotto della riparazione, emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 58 d.lgs. 150/2022⁴², il quale demanda all'autorità giudiziaria il compito di valutare lo svolgimento del programma e di considerare anche ai fini dell'art. 133 c.p. l'esito positivo, non già semplicemente di appiattare la decisione su quest'ultimo.

Ma le cose, a ben vedere, non stanno in termini così semplici, dovendosi distinguere tra situazioni diverse. Altra l'incidenza del risultato positivo della riparazione nei procedimenti per reati perseguibili d'ufficio, altra quella nei procedimenti per reati perseguibili a querela. In quest'ultima evenienza la partecipazione del querelante al programma conclusosi con esito positivo, valendo di per sé (e salva l'ipotesi in cui siano prescritti impegni comportamentali da parte dell'imputato dei quali bisogna attendere il compimento) quale remissione tacita della querela, non consente sì alcuna valutazione da parte del giudice circa la sussistenza di una situazione estintiva; ciò tuttavia

⁴² Ivi, p. 33.

non significa che il procedimento debba necessariamente concludersi con una declaratoria estintiva, dovendo l'autorità giudiziaria sempre considerare la praticabilità di una delle alternative assolutorie contemplate dall'art. 129 cpv. c.p.p. In altre parole, all'interno di quest'area criminosa il soddisfacimento delle condizioni previste per la remissione tacita, se esclude che il processo penale possa proseguire nel proprio percorso istruttorio e, *a fortiori*, esclude qualsiasi prospettiva condannatoria, non impone una soluzione decisoria necessariamente estintiva. Non è insomma affatto scontato il contenuto dell'esito proscioglimento, ancora una volta in omaggio all'esigenza imperante di tutelare appieno lo *status innocentiae*, di cui l'imputato gode finché il processo rimanga in piedi. Ben diverso l'approccio adottato nell'area dei reati a procedibilità d'ufficio, dove assai più fluide sono le prospettive decisorie che si aprono a fronte di un esito positivo del percorso riparativo, il quale lascia impregiudicata la possibilità di un (ulteriore) *iter* istruttorio e lascia soprattutto aperta ogni soluzione decisoria, ivi compresa la condanna. In quest'ultimo caso una rilevanza primaria, come abbiamo visto, riveste la circostanza che il percorso riparativo si sia concluso con successo (o con esito negativo ma per cause non addebitabili all'imputato) in relazione alla commisurazione giudiziale della pena: e qui, se l'art. 133 c.p. conferma il suo ruolo centrale di "paradigma valutativo"⁴³, la novità più significativa sta nell'enorme ampliamento dell'ambito temporale in cui può oggi essere considerata la condotta del reo successiva alla commissione del fatto, ampliamento direttamente proporzionale al vastissimo terreno di applicazione dei meccanismi riparativi, prima e durante l'intero svolgimento del processo penale.

Il momento commisurativo della sanzione costituisce comunque sì la sede privilegiata ma non l'unica via per valorizzare la giustizia riparativa nel processo penale che al percorso riparativo consegue. Nella sua estrema flessibilità la nuova disciplina è chiarissima a questo proposito, nella misura in cui sancisce che l'esito positivo vada considerato anche, e non esclusivamente, ai fini dell'art. 133 c.p. Così, se l'imputato può subito beneficiare di una declaratoria di non punibilità nei limiti dell'art. 131 *bis* c.p.p., l'esclusione della pena può realizzarsi pure in relazione a un più ampio ambito criminoso, benché con un percorso più complesso che passa attraverso l'applicazione di meccani-

⁴³ Ivi, p. 31.

smi come quello della messa alla prova, tra i cui programmi si stagliano ora anche i percorsi di giustizia riparativa. Tra le principali forme di rilevanza della giustizia riparativa è poi certo da annoverare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 ult. co., il quale, nel confermare l'inserimento dell'*iter* della riparazione nella vasta area dei comportamenti post-delittuosi idonei a elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, valorizza il solo caso della partecipazione a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; partecipazione che peraltro ingiustificatamente assume rilevanza solo laddove si collochi prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado⁴⁴ e che del tutto impropriamente viene dunque attribuita a un colpevole, il che determina un'insanabile aporia e mostra un totale spregio nei riguardi della presunzione d'innocenza⁴⁵.

Estremamente variegata appare pertanto la rilevanza effettuale della giustizia riparativa non solo a seconda dell'appartenenza dell'ipotesi criminosa oggetto del giudizio penale all'area della procedibilità condizionata o d'ufficio; anche all'interno di quest'ultima sfugge la disciplina di nuovo conio a una geometrica ricostruzione esegetica. La legge talora restringe talaltra amplia i margini di cognizione del giudice che recepisca l'esito del percorso riparativo, ma non sempre ciò avviene secondo il disegno legislativo che, come sempre accade, deve inserirsi nel (e coesistere col) sistema nella sua interezza. Così, se per un verso la remissione tacita della querela per adempimento degli impegni comportamentali non conduce affatto necessariamente a una declaratoria estintiva, per altro verso nell'area dei reati sottoposti a procedibilità d'ufficio il successo del percorso riparativo non sempre lascia del tutto impregiudicata una risposta punitiva seppur attenuata. I margini di un simile risultato si attenuano difatti significativamente nel caso in cui il percorso riparativo conclusosi con esito positivo venga valorizzato ai fini della

⁴⁴ Ciò finisce per restringere la rilevanza a fini sospensivi dei programmi di giustizia riparativa, a dispetto del loro generale *range* applicativo che ordinariamente attraversa l'intero corso del procedimento penale, nella misura in cui priva della possibilità di beneficiare dell'effetto sospensivo l'imputato prosciolti in prima istanza e che nelle more del giudizio d'appello promosso dal pubblico ministero si sia sottoposto a un percorso riparativo, laddove nei suoi confronti venga pronunciata una condanna in seconda istanza, così come l'imputato che abbia intrapreso un simile cammino anche a uno stadio più avanzato del procedimento penale, nell'evenienza in cui la condanna venga pronunciata in sede di giudizio di rinvio.

⁴⁵ Ragionando su delitto e perdono, MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., p. 24.

fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p.p. e, laddove ciò avvenga prima della condanna di primo grado, nell'ipotesi in cui il giudice, nei limiti della propria discrezionalità, disponga la sospensione condizionale della pena.

Solo la prassi ci consentirà di dire se e in che misura si realizzi una rigida, e come tale difficilmente sostenibile, disparità di regime fra i due blocchi dei reati perseguibili d'ufficio e quelli sottoposti a procedibilità a querela, e in definitiva quale peso nel concreto assumerà l'esito positivo del cammino riparativo sull'assetto dei poteri decisori del giudice penale. Del resto la rilevanza del risultato finale del percorso riparativo assume forme e dinamiche distinte a seconda dei casi e delle fattispecie di riferimento, le quali talora valorizzano solo l'esito positivo, talaltra anche quello negativo non imputabile alla persona cui il reato è stato attribuito in via ipotetica.

5.2. *Riparazione e ne bis in idem*

Inevitabili e di enorme impatto le implicazioni sul terreno del giudicato, quantunque su questo fondamentale fronte la riforma sia stata singolarmente silente. Due problematiche, benché assai diverse e quasi opposte, si stagliano in particolare all'attenzione dell'interprete, incontrando un punto di convergenza sul piano della giustizia penale transnazionale nel quale spesso nuove tensioni emergono e tendono a sfilacciarsi persino le più rocciose certezze legate alla tutela di garanzie fondamentali e apparentemente consolidate quale quella del divieto di *bis in idem*. Cosa accade innanzitutto nell'ipotesi in cui, dopo aver l'imputato coscientemente partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con successo, una nuova azione penale venga instaurata *de eadem re* da parte di un'autorità estera appartenente all'area Schengen o un'autorità di un altro Stato membro dell'Unione? L'interrogativo taglia trasversalmente i due ambiti appena considerati della procedibilità condizionata e d'ufficio, confermando l'esigenza di non erigere rigidi steccati fra i due, dato che in entrambi a fronte di una compiuta riparazione si può approdare, seppur al ricorrere di presupposti distinti, a una declaratoria estintiva. Ma è essa in grado di precludere appunto una successiva iniziativa persecutoria da parte di un'autorità straniera in una vicenda avente dimensione transnazionale? Stando all'interpretazione della normativa di riferimento contenuta nella CAS, portata avanti da parte della Corte di giustizia fin dalla

menzionata sentenza *Gözütok e Brügger*, il riconoscimento di una forza preclusiva sul piano transnazionale s'iscrive all'interno della cornice del mutuo riconoscimento e si alimenta così della logica insita in tale principio che, qui come altrove, postula notoriamente l'accettazione, benché non incondizionata, delle scelte di politica legislativa dell'ordinamento nel quale una data decisione giudiziale è stata emanata. Nella fattispecie si tratta di vedere se alla decisione emanata per prima l'ordinamento giuridico di appartenenza conferisca forza di giudicato: e tale ricognizione, laddove quest'ordinamento sia quello italiano, non può che condurre a una conclusione negativa, dato che, nonostante le aperture che da oltre vent'anni la giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno apportato al principio del *ne bis in idem* quale principio generale del sistema processuale e, in particolare, sul fronte della litispendenza, le sue specifiche manifestazioni concernenti il giudicato presuppongono tutte il raggiungimento di quella che si suol chiamare cosa giudicata formale. Detto altrimenti, lo stato attuale della disciplina sul *ne bis in idem* da giudicato, così come risulta dall'art. 649 c.p.p., non sembra lasciare alcuno spazio – data la formulazione dell'art. 54 CAS che espressamente richiede che la persona imputata “sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente” – per una diversa lettura che consenta all'autorità estera di concludere il procedimento, a fronte di una pronuncia giurisdizionale come il provvedimento archiviativo (quale che ne sia la forma), cui lo stesso ordinamento italiano nega forza di giudicato⁴⁶. Il che rafforza l'esigenza, qui problematicamente proposta, di una revisione della materia che riporti la giustizia riparativa nel corso della fase preliminare nell'ambito della competenza dell'autorità giurisdizionale.

D'altro canto il problema si pone non soltanto laddove l'esigenza di un percorso riparativo emerga nelle indagini preliminari e sia il pubblico ministero, dopo averne recepito l'esito positivo, a richiedere una decisione archiviativa, ma anche, e con non minore intensità, nell'evenienza in cui vi provveda il giudice a processo avviato ma in una tappa comunque anteriore al dibattimento, ossia al termine dell'udienza preliminare o, oggi, a conclusione della nuova udienza di comparizione predibattimentale: poiché, se è vero che da *M.* la giuri-

⁴⁶ L'unica eccezione sembra riguardare il caso in cui l'esito riparativo conduca a una declaratoria di non punibilità *ex art. 131 bis c.p.p.*: cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in Aa. Vv., *Compendio di procedura penale*¹⁰, cur. M. Bargis, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2022, p. 911.

sprudenza di Lussemburgo ha significativamente esteso l'area della preclusione del *ne bis in idem* transnazionale mediante l'inclusione di provvedimenti quale la decisione di non luogo a procedere (*non-lieu*), prevista dal *Code d'instruction criminelle* belga, resta il fatto che, laddove a concludersi per primo sia stato il processo italiano, ad analoga decisione non potremmo tributare, applicando le categorie del nostro ordinamento, la forza preclusiva propria del giudicato penale, appunto in forza della logica del mutuo riconoscimento⁴⁷. Del resto in questa come in altre pronunce⁴⁸ la Corte ha ribadito la sua costante linea ermeneutica, che da sempre àncora il divieto di *bis in idem* alla sussistenza di una valutazione di merito sulla *res iudicanda*, secondo una prospettiva già chiaramente tracciata nel Libro Verde della Commissione europea sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali⁴⁹. Un'impostazione, questa, che finisce per sollevare un ulteriore motivo di perplessità quanto all'opinione secondo la quale l'avvio del percorso riparativo non solo non richiederebbe ma sarebbe anzi del tutto incompatibile con una previa valutazione sul merito della *res iudicanda*, e tale valutazione sarebbe poi preclusa al giudice perfino al termine dello stesso, almeno nei casi di reati a procedibilità condizionata laddove risultino integrati i presupposti per una remissione tacita della querela.

Se non particolari problemi sollevano i casi in cui per una via o per un'altra il percorso riparativo confluisca in una pronuncia proscioglittiva, qualche preoccupazione desta l'ipotesi inversa in cui il suo esito positivo (o negativo ma per cause non addebitabili all'imputato) porti a mitigare la risposta punitiva di un provvedimento dalla natura condannatoria: ed è questione che peraltro si pone non solo rispetto a un nuovo procedimento pendente ma anche a un altro giudicato già formatosi sullo stesso fatto, sebbene in termini e con dinamiche ben diverse. Quanto al primo caso, se non c'è dubbio che, laddove il *bis in idem* venga apprezzato in uno dei gradi di merito, il secondo giudice debba concludere il procedimento con una pronuncia di non doversi

⁴⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 giugno 2014, C-398/12, *M.*, ECLI:EU:C:2014:1057.

⁴⁸ Cfr., oltre alla già citata menzionata sentenza *Gözütok e Brügger*, Corte di giustizia dell'Unione europea, rispettivamente, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, e 28 settembre 2006, C-150/05, *van Straaten c. Paesi Bassi e Italia*, ECLI:EU:C:2006:614.

⁴⁹ COM(2005) 696 definitivo.

procedere, ciò non vale per l'intero processo di cognizione e, ancor meno, in sede esecutiva, dato che qui come in cassazione valgono le regole dell'art. 669 c.p.p., le quali tuttavia non sempre riescono appieno a soddisfare il proclamato *favor rei*. Così, se la seconda pronuncia fosse anch'essa condannatoria, dipenderà dall'intensità della risposta punitiva, che in ipotesi potrebbe essere più mite, potendo così venire revocata la pronuncia emanata pur a séguito di un percorso riparativo che abbia condotto a onerosi adempimenti risarcitori o riparatori; ma in ogni caso resta nelle mani del reo la possibilità d'indicare la decisione da eseguire in forza della previsione generale dell'art. 669 co. 2 c.p.p., valevole ovviamente pure in cassazione. Tale possibilità rimane invece esclusa nell'eventualità in cui il secondo provvedimento sia di natura proscioglitrice: qui il giudice deve dare esecuzione a quest'ultima, e ciò comporta la revoca della condanna emanata a conclusione di un fruttuoso cammino riparativo: senza eccezioni di sorta, e a prescindere dal fatto che il proscioglimento contenga in ipotesi conseguenze effettuali (ad es., misure di sicurezza) in concreto meno favorevoli rispetto alla soluzione riparativa contenuta nella sentenza di condanna.

Non poche riserve valgono pure nell'ipotesi inversa in cui un primo procedimento si sia già concluso in modo più o meno afflittivo per l'imputato e un secondo giudizio prenda avvio *de eadem re*, nel quale questi mostri il proprio interesse a intraprendere un percorso riparativo. L'ipotesi è assai meno astratta di quanto possa apparire di primo acchito e ancor più verosimile è resa dal mantenimento di una procedura rigidamente improntata allo schema della decisione *inaudito reo*, qual è il procedimento per decreto, ma anche in fondo dalla possibilità, che la riforma non esclude nonostante l'ampia rivisitazione della materia, di una condanna resa *in absentia*. A dispetto di ciò, laddove l'imputato, ignaro del primo giudicato, si veda instaurare un secondo giudizio sullo stesso fatto, qualunque manifestazione d'interesse a un cammino riparativo è destinata a rimanere frustrata, così come lo sarebbe qualunque considerazione del secondo giudice che reputasse soddisfatte le condizioni dell'ar. 129 *bis* c.p.p. Il che svela il lato oscuro di una disciplina che ad oggi non solo continua ad ancorare l'attivazione del divieto di *bis in idem* a rigidi presupposti temporali anziché a una logica autenticamente qualitativa⁵⁰, ma soprattutto mo-

⁵⁰ Per un approfondimento della questione cfr., volendo, S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del* ne bis in idem

stra di trattare ancora il *ne bis in idem* alla stregua di una garanzia oggettiva per l'ordinamento piuttosto che quale diritto individuale, non riservando alcuno spazio alla volontà dell'imputato che in ipotesi potrebbe avere tutto l'interesse a sfuggire alla morsa della prima condanna e sottoporsi a un percorso riparativo nel secondo processo.

6. *Giustizia riparativa versus giustizia persecutoria, ovvero l'arduo cammino del processo penale verso una maggiore umanità del giudizio*

Non c'è dubbio che la giustizia riparativa costituisca uno degli ambiti forieri delle più complesse sfide, ma anche delle più promettenti aspettative, per un'autentica rinnovazione culturale del sistema penale⁵¹: e non si può non convenire con Massimo Donini sul fatto che è in gioco addirittura la legittimazione del sistema penale, il quale nei percorsi di riparazione trova oggi un'occasione proficua e pressoché unica per ritrovare una sua complessiva coerenza, allontanandosi da quelle logiche largamente retributive e generalpreventive delle quali è ancor oggi in larga misura intriso⁵². Ma se un così ambizioso obiettivo dev'essere raggiunto attraverso il giudizio penale esso deve inevitabilmente conciliarsi con le (e, per così dire, amalgamarsi alle) molteplici funzioni proprie del procedimento penale quale fenomeno intrinsecamente dinamico. Così, se non particolari difficoltà presenta l'avvio di un programma riparativo in fase esecutiva, e cioè dopo il definitivo completamento del ciclo dell'accertamento penale, è chiaro che più se

nell'era dell'interlegalità, in *Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale*, OIU, n. 3 (2023), pp. 1-37.

⁵¹ Così M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/donini_2_15.pdf.

⁵² M. DONINI, *Pena agita e pena subita: il modello del delitto riparato*, in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2689/m-donini-ultimo-per-online.pdf>, p. 1 s. A Massimo Donini si devono certo alcune fra le più nitide e affascinanti riflessioni su questa materia: cfr., oltre agli scritti segnalati, tra gli altri, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 2027 ss., e *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1671518579_donini-2022a-riparazione-pena-anassimandro-cgue.pdf

ne arretra l'applicazione in sede di cognizione più si fa consistente il pericolo che, "rinunciando alla verifica empirica dell'imputazione, i ruoli nel processo" si presentino rigidamente "già accertati ai blocchi di partenza: la vittima e il colpevole": con l'ulteriore rischio, che ne consegue, che, non potendo *in itinere iudicii* la giustizia riparativa fondarsi "logicamente e giuridicamente" su "una già avvenuta definizione dei ruoli", "le regole del decidere" finiscano per piegarsi "sul soggettivismo penale dei tipi normativi d'autore intriso di esigenze di prevenzione e di difesa sociale"⁵³.

Se ciò davvero avvenisse, si produrrebbe un risultato non poco paradossale: l'opportunità di un cammino che attenui la carica ad oggi fortemente retributiva e generalpreventiva della tutela penale finirebbe per caricare il processo di non meno preoccupanti istanze di prevenzione e per far del giudizio penale un *Täterstrafverfahren*. Ma, a ben vedere, una simile preoccupazione appare eccessiva e ingiustificata in quanto muove da un presupposto nient'affatto scontato, e cioè che il processo debba rinunciare a qualsiasi esame dell'imputazione e dunque abbandonare in buona misura le proprie finalità di accertamento: se non altro prima, ma in alcune ipotesi anche dopo, la fine del percorso riparativo. Una simile conclusione deve tuttavia sottoporsi a revisione critica nella misura in cui si fonda su premesse che contraddicono le fondamentali funzioni del processo penale.

Essenziale appare dunque recuperare il senso di quei momenti di cognizione della *res iudicanda*, in tutta la sua ampiezza e nella molteplicità dei temi che da essa si dipanano, prima ancora che venga avviato il percorso riparativo. Significativamente una simile prospettiva, in omaggio all'esigenza di assicurare massima protezione al valore apicale della presunzione d'innocenza, tutela a un tempo il giudizio e tutti coloro vengano coinvolti in un simile percorso, il quale, se non può presupporre un accertamento, nel senso proprio del termine, del fatto e della responsabilità individuale, deve tuttavia fondarsi su un giudizio in ipotesi dotato di solida consistenza. Una cognizione così configurata, lungi dall'ingessare in una prospettiva persecutoria l'*iter* riparativo che sempre ha e deve assolvere a finalità proprie e ad essa estranee, riveste dunque un ruolo di capitale importanza per evitare che il percorso riparativo, specie nelle fasi anteriori al dibattimento, si esponga a rischi di coazione nei confronti dell'imputato e, ancor più,

⁵³ MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., p. 24.

dell'indagato sottoposto all'azione investigativa, tutelando così la spontaneità del consenso della persona nei cui riguardi sia formulabile una ragionevole prognosi di responsabilità penale: analogamente a quanto del resto avviene in sede cautelare, dove il giudizio di gravità indiziaria (il *Tatverdachtsurteil*, come sogliono definirlo i tedeschi) non grava di una valutazione anticipata di colpevolezza l'imputato ma lo tutela al contrario dal rischio di un'ingiustificata limitazione delle sue libertà fondamentali. Ed è ancora una volta la bussola della presunzione d'innocenza a dovere orientare l'interprete e l'operatore del diritto nella valutazione dell'incidenza che i risultati dei programmi riparativi possono avere sui poteri del giudice, una volta che il procedimento penale riprenda il proprio corso.

Ma per quanto certamente la filosofia riparativa ponga le premesse per un (nuovo) "umanesimo penale"⁵⁴, la strada è ancora molto in salita e il cammino verso il pieno conseguimento di un simile obiettivo appare non poco arduo. E questo non solo per la scelta assai poco felice di sottrarre alla giurisdizione penale le leve di avvio del percorso riparativo nella fase investigativa, affidandole allo stesso titolare delle indagini, ma anche per la scarsa messa a fuoco dei rapporti e delle interconnessioni che specie sul fronte cognitivo si rendono necessarie tra tale percorso e il percorso procedimentale che lo ospita e nel quale esso, al suo termine, confluisce.

I nodi vengono poi al pettine, se così può dirsi, sul delicatissimo piano del giudicato, un piano ancora intriso di vecchie logiche e antichi miti, come quello per cui l'efficacia tipica della *res iudicata*, il divieto di *bis in idem*, generi una preclusione insuperabile idonea a soffocare ogni diversa manifestazione di volontà dell'imputato nei cui riguardi essa pur è stabilita, ma anche ogni diversa considerazione da parte del secondo giudice di quel complesso assetto di interessi confliggenti che potrebbe giustificare una soluzione differente dalla preclusione: e cioè l'instaurazione o la prosecuzione di un nuovo giudizio *de eadem re*, non quale terreno per una nuova persecuzione penale ma per il pieno esplicarsi del diritto di difesa, tra le cui espressioni si staglia oggi l'accesso alla giustizia riparativa. Una ridefinizione della normativa in tema di giudicato s'impone oggi, del resto, a fronte del processo incessante e anzi crescente di transnazionalizzazione degli affari penali e

⁵⁴ Ancora una volta è d'obbligo un riferimento a Massimo Donini, del quale da ultimo v. *Un nuovo volto della giustizia penale. L'idea riparativa per un umanesimo penale*, in *L'Unità*, 2 luglio 2023.

delle garanzie processuali ad essi connesse: un ambito, questo, nel quale il nostro ordinamento appare del tutto impreparato ad affrontare le sfide che quotidianamente emergono, e che richiedono un disegno organico di riforma che tenga conto della fondamentale esigenza di ritagliare uno spazio con una sua coerenza interna ai provvedimenti giurisdizionali che lungo l'asse del procedimento penale recepiscano i frutti del cammino di riparazione, se davvero vogliamo che essi assumano quella dignità di *res iudicatae*, pur con le loro specificità e peculiarità, e non lascino la strada aperta a successive iniziative processuali per gli stessi fatti per i quali l'imputato abbia adempiuto a precisi impegni comportamentali.

Se il dramma del giudizio giuridico, e del giudizio processuale in una materia così problematica e carica di conflittualità quale quella penale, non si esprime nella trama logica dell'accertamento ma in ultima istanza nell'umanità del decidere⁵⁵, queste appaiono le condizioni minime affinché il processo penale si possa sia pur in parte spogliare della sua tradizionale portata afflittiva e la giustizia a sfondo persecutorio-punitivo lasci spazio a una nuova idea di giustizia che in prima battuta e in via generale sia votata autenticamente alla (e si ponga sulla difficile strada della ricerca della) riparazione.

⁵⁵ Attorno a questa fondamentale idea si svolge l'affascinante indagine condotta di recente da A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Udine 2023.