

FAUSTO GIUNTA

IL LATO “BUONO” DEL PENALE



Isbn 9788828842613

Estratto dal volume:

STUDI IN ONORE DI CARLO ENRICO PALIERO

a cura di

CARLO PIERGALLINI, GRAZIA MANNOZZI, CARLO SOTIS, CHIARA PERINI,
MARCO SCOLETTA, FEDERICO CONSULICH

con la collaborazione di Sara Bianca Taverriti

2022

FAUSTO GIUNTA (*)

IL LATO “BUONO” DEL PENALE

« Anche se una delle peculiarità del diritto penale c.d. moderno può essere individuata appunto nell’adesione a un modello consensuale-riconciliativo nella risposta al reato, non si può trascurare la tensione tra matrice autoritaria e matrice democratica anche a questo livello: il riferimento è, di nuovo, alle ricette penali approntate per rispondere a fenomeni come il terrorismo o l’immigrazione clandestina, ove il lessico del legislatore penale assume rispetto al reo i toni totalmente antagonisti del *Feindstrafrecht*” (C.E. Paliero, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 114).

SOMMARIO: 1. La citazione. — 2. Colpevolezze perduranti e governo dei corpi. — 3. Prevenzione generale *vs* panpenalismo. — 4. Rieducazione e collaborazione. — 5. Reati ostativi e mancata collaborazione. — 6. La riparazione dell’offesa. — 7. La querela-selezione. — 8. La gratificazione dell’offeso. — 9. I modelli sospensivi. — 10. L’archiviazione meritata. — 11. Scenari.

1. *La citazione.*

Nel passo riportato in epigrafe Carlo Enrico Paliero, studioso tra i più profondi della politica criminale contemporanea, esorta a smascherare i lupi travestiti da agnelli che popolano i territori del diritto penale. Le ideologie punitive si evolvono, il diritto penale resta autoritario.

Gli elementi di novità non sono pochi. Per gli autori dei reati più gravi si è affermato un modello di trattamento proteso verso il superamento del

(*) *Professore ordinario di diritto penale nell’Università di Firenze*. Il testo è stato licenziato nel mese di febbraio 2022.

monopolio carcerario e caratterizzato da plurime aperture al mondo esterno (1). Le mani cui è affidato il reo non sono più quelle del boia che officiava il rito del supplizio. Si è allentata la presa sul corpo del condannato (2). Ma l'istinto di manipolarne la personalità non è scomparso affatto. Le misure alternative, a fronte dell'indubbia mitezza, conservano l'impronta coercitiva dell'intervento punitivo. La loro forza è ancora quella della pena detentiva, che le avvolge con la sua aura. Il carcere è pur sempre collegato da un vitale cordone ombelicale al modello custodialistico, riservato a chi non si allinea e addirittura irrigidito nei confronti di una parte della popolazione penitenziaria.

Per i reati minori la pena detentiva, anzi la punizione, occupa un posto residuale. Condotte riparatorie, *lato sensu* intese, consentono questo epilogo nel nostro, come in altri ordinamenti stranieri (3). Ma c'è modo e modo di intendere e valorizzare le manifestazioni di respiscenza. La strumentalizzazione del colpevole sull'altare del bene sociale si adatta in modo camaleontico al nuovo che avanza. La logica riparativa dischiude prospettive feconde, tuttavia lo spazio che riserva all'offeso non è immune da degenerazioni vendicative. La giustizia penale può ferire anche senza spada. È nella sua natura.

Da quanto si è detto, seppure sommariamente, discende che i progressi del sistema sanzionatorio non sono un motivo sufficiente per indebolire lo statuto liberale del diritto penale e i suoi fondamentali principi (4). Legalità e offensività costituiscono garanzie oggettive, perché guardano, la prima, alla formulazione del divieto, la seconda alla funzione di tutela, a prescindere rispettivamente dall'agente e dal soggetto passivo. Colpevolezza e pena sono invece categorie soggettive, perché modellate sul reo o quantomeno attente alla sua persona. La loro lettura in chiave reocentrica è strettamente collegata all'intrinseca "umanità" del reato. È sul colpevole che si abbatte la pena, quale sanzione

(1) Il fenomeno è oramai risalente. Sia consentito rinviare a F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 586 ss.; Id., *Le "aperture" del carcere verso il mondo esterno*, in *Indice pen.*, 1990, pp. 425 ss.

(2) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, 1975, trad. it., Torino, 1976, pp. 113 ss.

(3) La letteratura è già sconfinata. Per uno studio anche comparatistico, v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003. Più di recente, v. G. BERTAGNA-A. CERETTI-C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015; G. FORNASARI-E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Trento, 2019. Sulle prospettive di riforma di cui si discute oggi, v. M.V. DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi*, in *Arch. pen.*, 29 luglio 2021.

(4) Già F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrecht*, 1893, in *Strafrechtliche Ausätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, pp. 75 ss. Di recente, volendo, anche F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, p. 93 s. e p. 206 s.

massimamente afflittiva (5). Il reo, protagonista assoluto della giustizia penale, quando non è colpito nel corpo, è ferito nella sua dignità. La necessità della tutela non basta a legittimare l'azione punitiva dello Stato. Il diritto penale non è solo mezzo, è soprattutto personalismo costituzionale applicato.

2. Colpevolezze perduranti e governo dei corpi.

Come noto, agli albori del diritto penale moderno dominavano le concezioni psicologiche della colpevolezza e le teorie retributive della pena.

Le prime ricercavano la colpevolezza nel reo, ossia nell'effettivo dispiegarsi della sua volontà. Quest'accertamento era di competenza del giudice, che vi provvedeva finalizzando le massime di esperienza all'introspezione del colpevole, al quale ci si avvicinava idealmente quanto più possibile. A differenza degli altri elementi del reato, però, la colpevolezza sopravanzava la sua rilevanza di requisito strutturale: essa costituiva uno *status* soggettivo perdurante, una condizione esistenziale che si protraeva *post factum*. Da qui, stante l'asserita equivalenza tra colpevolezza e pena, la fissità nel tempo della risposta sanzionatoria, affidata alla pena detentiva, quale sanzione di durata volutamente insuscettibile di modificazioni in fase esecutiva.

La rigidità di questa impostazione trovava una mitigazione nella criminalistica dell'Ottocento: nel ricco dibattito sulla dannosità della pena detentiva breve e in talune anticipazioni legislative delle alternative al carcere (6). Il codice Rocco, tuttavia, credeva nell'indefettibilità della pena, che veniva riaffermata con vigore, fatte salve pochissime e contenute eccezioni. Sulla sua scia si poneva la dottrina dominante. Il dogma retributivo resisteva anche nelle teoriche novecentesche, chiamate a fare i conti con le prime incarnazioni normative dell'idea dello scopo (7). La possibilità che all'accertamento della colpevolezza non seguisse la pena rimaneva un rebus irrisolvibile.

Significativo di ciò era il dibattito sul fondamento giustificativo della sospensione condizionale (8), che, non senza forzature, veniva attratta nell'or-

(5) W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, 2009, trad. it., Bologna, 2012, p. 236.

(6) T. PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, pp. 44 ss.

(7) Su cui, ampiamente, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, pp. 76 ss.

(8) Ampiamente A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001, pp. 103 ss. Sulle tensioni dell'istituto con le tradizionali impostazioni retributive, cfr. F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 88 ss.

bita della commisurazione della pena, ossia collegata a una colpevolezza particolarmente blanda e ulteriormente scemata nelle more del processo (9).

Lo stesso discorso valeva, *mutatis mutandis*, per la liberazione condizionale, che costituiva l'unica modalità esecutiva extramuraria prevista per le pene medio-lunghe nel disegno originario del codice Rocco. La sua operatività ruotava sull'avvenuta resipiscenza del condannato (10); diagnosi, questa, destinata a rendere inutile e finanche ingiusta l'esecuzione di una porzione finale della pena detentiva inflitta.

Siamo ancora lontani dal principio rieducativo: il reo, isolato da ogni altra comunità, era abbandonato a se stesso e al degrado della condizione di detenuto. La disumanità dello strumento afflittivo non vantava obiettivi di recupero sociale. Sul condannato incombeva il dovere di espiare la pena, quale percorso emendativo interiore, spontaneo ed eventuale, cui il sistema repressivo non partecipava. Il diritto penitenziario, affidato al Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787, si dedicava essenzialmente al governo di corpi avendo cura che le « norme di vita carceraria (...) siano bensì idonee ad emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimidativo ». L'esecuzione della pena doveva conservare « quell'austera serietà, che è connaturale al castigo ».

3. *Prevenzione generale vs panpenalismo.*

Il collegamento funzionale tra la colpevolezza normativa e il paradigma preventivo è comunemente salutato come un progresso, perché apre a una maggiore graduazione della responsabilità, minando ad un tempo il dogma dell'inderogabilità della pena irrogata dal giudice. L'effettività della risposta sanzionatoria perde il suo fondamento metagiuridico e diventa una condizione per la credibilità del sistema repressivo.

Ma non è tutto oro quel che luccica.

Nella nuova prospettiva la colpevolezza è sinonimo di rimproverabilità dell'agire. L'attenzione si allarga meritoriamente al processo di formazione della volontà. Per contro la colpevolezza si sposta nella testa del giudicante. Si rafforza in tal modo l'alterità della sua visione. Il parametro del dover essere, tipico della normatività, impone al giudice limiti di comprensione. *Tout comprendre, c'est tout pardonner*. L'accertamento della colpevolezza si sviluppa

(9) Per esempio, G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, pp. 811 ss.

(10) V. nuovamente G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 826.

secondo un modello di razionalità che mette in secondo piano le componenti affettive del volere e quelle emotive del giudicare. Predomina, anche solo per implicito, la figura dell'*homo oeconomicus*, capace di soppesare, con distacco e freddezza, costi e benefici dell'agire.

Quanto alla pena, si afferma una logica *ex ante*, che ne anticipa le potenzialità. La prevenzione generale c.d. negativa, vale a dire la funzione di controstimolo motivazionale della comminatoria edittale, fa discendere l'orientamento comportamentale da una causa posta nel futuro, che — lo si è anticipato — deve essere data come certa (11). Ogni cedimento di questa condizione indebolisce la tenuta del sistema. La logica della prevenzione generale di per sé non conosce limiti ed espone il reo ad eccessi punitivi. Da qui il parziale recupero dell'idea retributiva: la pena — si afferma oggi in dottrina — non deve superare, in nome dell'istanza di maggiore tutela, la misura della colpevolezza (12). Varcata questa soglia si precipita nella logica del capro espiatorio. In nome dell'utile sociale, ossia della funzione rieducativa, la pena può essere “ingiusta” per difetto, non per eccesso. Il solidarismo della prevenzione deve cedere il passo al valore assoluto del personalismo.

Senonché, questo approdo non è unanime (13), né è favorito dalla predilezione del diritto vivente per formule di rito (come “pena congrua” o “equa”) di fatto tautologiche e non controllabili. Siamo in presenza di un principio libresco. Come è stato schiettamente riconosciuto, nella commisurazione della pena il giudice di merito è (quasi) sovrano, e questo spiega perché, sul punto, i ricorsi per cassazione siano (quasi) sempre dichiarati inammissibili (14).

Per non dire dei condizionamenti derivanti dagli obblighi di tutela di matrice europea, da perseguire con sanzioni effettive e dissuasive. L'istanza generalpreventiva si impone nella misura della sua utilità. Solo l'energica reazione della nostra Corte costituzionale ha impedito, nella celeberrima vi-

(11) Già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVII. Sottolinea che l'effettività delle sanzioni è pur sempre una effettività delle norme, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 509.

(12) Nella nostra letteratura, v. tra gli altri E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 219 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 838.

(13) Ammettono che valutazioni ispirate alla prevenzione generale possano influire *in malam partem* nella commisurazione della pena, A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale* (1981), ora in *Il diritto penale tra norma e società*, III, Milano, 2009, pp. 945 ss.; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, pp. 84 ss.

(14) F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 455 ss.

ceda Taricco (15), che i *desiderata* europei consentissero al giudice penale la disapplicazione della disciplina nazionale in materia di prescrizione, ritenuta di ostacolo all'irrogazione di « sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea » (16). Di regola le richieste di tutela non vengono vagliate dal legislatore nazionale, che le ratifica quale che sia la misura della penalità indicata.

Breve: la prevenzione generale, quale funzione cardine del sistema penale, resta tuttora la lama a doppio taglio (17), il cui impiego va giustificato anche in termini di proporzione. Tuttavia la crisi del bene giuridico ha infiacchito il principale parametro di contenimento elaborato dalla dottrina continentale (18), con evidente sbilanciamento a favore della tutela. Lo scenario di un diritto penale totale, nello spazio e nel tempo (19), è tutt'altro che irrealistico. L'ideale, ancora professato, della sussidiarietà fatica a inverarsi a livello legislativo e ancor di più nell'attività interpretativa (20).

4. *Rieducazione e collaborazione.*

Negli ultimi tempi il primato della prevenzione si intreccia con la poliedrica valorizzazione del postfatto, concetto ben delimitato nella teoria del reato, ma molto più esteso sul piano della politica criminale, e tale da abbracciare, nella sua accezione più lata, l'esecuzione della pena. Nella logica punitiva "premio" sta per minore afflizione: penalità e "prezialità" parlano una sola lingua e usano la stessa moneta.

La prevenzione speciale in chiave di risocializzazione si muove, sul piano assiologico e nel modo di operare, lungo la medesima direzione utilitaristica della prevenzione generale: al pari della comminatoria edittale, i benefici punitivi, segnatamente le misure alternative a base prognostica, sono potenziali incentivanti. Lo stimolo ad assumere comportamenti virtuosi è costituito da

(15) Corte cost., sent. 10 aprile 2018 n. 115, su cui volendo v. F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero 'rivoluzionaria'*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 1311 ss.

(16) Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015 (in causa C-105/14).

(17) F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, 1882, trad. it., Milano, 1962, p. 46.

(18) Di recente, v. M. LAVACCHINI, *La legittimazione dell'intervento penale tra principio di offensività e principio del danno (Harm Principle)*, in *disCrimen*, 2.8.2019, pp. 17 ss. In precedenza ampiamente V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 41; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, spec. Pp. 145 ss.

(19) F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, pp. 23 ss.

(20) *Amplius* F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., pp. 119 ss.

modalità esecutive in libertà, che addolciscono il volto truce dell'esecuzione penale.

La dottrina più attenta alle degenerazioni manipolative del trattamento specialpreventivo precisa che si tratta di offerte di opportunità rivolte al colpevole affinché, in cambio, ceda la sua antisocialità (21). Non si revoca in dubbio, per converso, il loro necessario bilanciamento con la logica prioritaria della deterrenza. Il sistema mantiene la sua credibilità repressiva nella misura in cui l'attenuazione della pena in fase esecutiva non sia calcolabile prima della commissione del reato. *Post factum*, però, i benefici, in ragione della filosofia premiale cui si ispirano, per funzionare, devono potersi prevenire.

Rebus sic stantibus la garanzia di serietà dell'approccio specialpreventivo è data dall'autenticità del percorso rieducativo che, tuttavia, essendo un processo interiore, sfugge allo scandaglio delle profondità dell'animo umano. *Ab externo* possono apprezzarsi solo comportamenti. Per un ordinamento, come il nostro, che eleva la rieducazione a principio identitario, il comportamento intramurario osservante e partecipe non può non essere di per sé espressivo di una diminuita antisocialità.

Chiedere di più, anche solo per i colpevoli di determinati reati, come quelli di mafia, significa muovere da una presunzione di pericolosità di dubbia matrice socio-antropologica, caratteristica del diritto penale del nemico e del tipo di autore. La collaborazione processuale deve essere una libera scelta. Ma non è sempre così. Finché l'alternativa sarà il carcere "duro", ossia modalità esecutive di eccezionale rigore, la rieducazione non potrà dirsi tale; su di essa graverà l'ombra della costrizione e della disumanizzazione.

5. *Reati ostativi e mancata collaborazione.*

Si è provato a giustificare alla luce del principio rieducativo il divieto di esclusione dei benefici penitenziari per gli autori dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* ord. pen. A tal fine si è osservato che la rilevanza "ostativa" della mancata collaborazione non costituirebbe uno sbarramento sostanziale, ma si limiterebbe a richiedere una prova rafforzata di meritevolezza individuale. Sennonché il concetto di prova rafforzata, in presenza di condotte osservanti e partecipi, è già una discutibile eccezione a sfavore del detenuto (22). Soprattutto non è

(21) F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2020, p. 798.

(22) M. PASSIONE, *Il "cantiere" aperto dell'art. 4-bis o.p.*, in *osep.jus.unipi.it*, 14.11.2021. V. anche F. GIUNTA, *Il nemico ritrovato*, in *disCrimen*, 29.3.2021.

chiaro in cosa dovrebbe consistere il “rafforzamento” della dimostrazione. Il concetto sembra nascondere in realtà un’inversione dell’onere probatorio: spetterebbe al detenuto offrire elementi che escludono legami in atto con l’onorata società. Si tratterebbe di una prova negativa impossibile, in quanto avente ad oggetto l’atteggiamento interiore e in particolare l’assenza di riserve mentali che inficino l’autenticità dei comportamenti intramurari. Nondimeno, l’idea di un doppio regime probatorio, più rigido nei confronti del non collaborante che potrebbe collaborare, è stato avallato di recente dalla Corte costituzionale (23), che ha fatto marcia indietro rispetto ad altre e più ragionevoli aperture (24). Il non collaborante non deve sfuggire al carcere “duro”.

La logica non è certo nuova. Anche la legislazione premiale, varata per il contrasto del terrorismo politico e della criminalità organizzata dedita ai sequestri di persona estorsivi, non mirava soltanto alla salvaguardia del bene giuridico (25). La subordinazione delle circostanze premiali al requisito della “dissociazione dagli altri” perseguiva, più che la respipscenza e il recupero del correo, l’implosione del *pactum sceleris*. Prevaleva ancora una volta la logica della repressione penale, più che quella della prevenzione speciale *post delictum* (26). Il trattamento premiale passava attraverso la dissociazione e la collaborazione processuale, entrambe pensate per alimentare e disseminare tra i concorrenti il reciproco e costante sospetto della delazione. La valenza specialpreventiva del tradimento dei complici era secondaria. In quel caso, tuttavia, l’intervento della Corte costituzionale fu di segno opposto: il requisito della “dissociazione” venne fortemente ridimensionato da una sentenza interpretativa di rigetto, che smussava l’attitudine selettiva del requisito in questione (27). Non solo: sul finire degli anni di piombo prese forma legislativa la figura del dissociato confesso ma non collaborante (l. n. 34 del 1987) (28), in relazione alla quale l’obiettivo del recupero soggettivo aveva maggiore spazio e priorità. La sconfitta del terrorismo, anche sul piano politico, consentiva all’ordinamento gesti di distensione. La stagione del diritto penale del nemico non era ancora iniziata.

(23) Corte cost., sent. 25 gennaio 2022, n. 20.

(24) Corte cost., ord. 15 aprile 2021, n. 97.

(25) T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 529 ss.

(26) F. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 272. Di recente, v. G. MARTIELLO, *La collaborazione del “terrorista” e del “mafioso” e l’influenza sulla misura e sulle modalità esecutive della pena*, in *Criminalia*, 2020, pp. 379 ss.

(27) Corte cost., sent. 16 maggio 1984, n. 143, su cui F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 193.

(28) D. PULITANÒ, *Strategie di contrasto a terrorismo e mafia. Fra giustizia penale e storia*, in *Meridiana*, 2020, p. 64.

Concludendo sul punto: il contrasto delle due grandi emergenze criminali, terrorismo e mafia, presenta similitudini di mezzi, ma non di intensità. Se il terrorista andava isolato, il mafioso che non collabora va sepolto vivo. Se una speranza c'è, essa non riguarda il detenuto mafioso, ma i suoi figli alla condizione che vengano allontanati dall'ambiente familiare (29).

6. *La riparazione dell'offesa.*

Nella sua accezione nucleare la condotta riparatoria interviene a ridosso del fatto o comunque prima della condanna. Essa incide sul bisogno di pena in concreto, con implicazioni favorevoli sul trattamento sanzionatorio del reo.

In questi casi il disegno originario del codice penale prevedeva, di regola, un'attenuazione della pena e, solo in via di eccezione, la non punibilità. Si pensi, rispettivamente alla circostanza comune della riparazione del danno *ex art.* 62 n. 6 e alla fattispecie di insolvenza fraudolenta, suscettibile di essere estinta dall'adempimento dell'obbligazione prima della sentenza definitiva di condanna (art. 641, comma 2, c.p.).

La condotta conseguente al reato veniva premiata nell'interesse oggettivo del bene giuridico, che continuava a essere tutelato anche dopo la sua lesione nell'unico modo possibile: incentivando condotte di segno antagonistico rispetto a quelle tipiche, volte a elidere o attenuare le conseguenze del reato. A volte il postfatto premiato non poteva che essere opera esclusiva dell'agente: si pensi al recesso attivo (art. 56, comma 4, c.p.) (30), oppure, secondo la discutibile logica del tempo, all'efficacia estintiva del matrimonio riparatore rispetto ai delitti sessuali, considerato una forma di ravvedimento operoso (la cui efficacia si estendeva ai concorrenti) (31). Al di fuori di queste ipotesi, il trattamento premiale poteva collegarsi anche alla condotta del terzo, segno che la riparazione non era espressione di una ridotta colpevolezza e non interessava la funzione specialpreventiva della pena (32).

(29) L'esperienza è narrata da R. DI BELLA, M. ZAPPELLI, *Liberi di scegliere. La battaglia di un giudice minorile per liberare i ragazzi dalla 'ndrangheta*, Milano, 2019, in particolare pp. 96 ss.

(30) Lo stesso si potrebbe dire della desistenza ove si aderisca alla tesi che la considera *post factum*: così S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 45.

(31) C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1940, IV, p. 127.

(32) Si pensi al risarcimento del danno per la responsabilità civile dell'automobilista, corrisposto dalla società di assicurazione. Affinché esso rilevi ai fini dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., è sufficiente che sia integrale e l'imputato ne sia a conoscenza, facendolo proprio; cfr.

La legislazione successiva ha proseguito su questa via: il riferimento è alla subordinazione della sospensione condizionale della pena al risarcimento e al ripristino dello *status quo ante* (art. 165, comma 2, c.p.), che va bilanciata con la funzione specialpreventiva dell'istituto sospensivo. In questa prospettiva deve ritenersi bastevole il risarcimento parziale, pari al massimo delle possibilità economiche del reo (33), come conferma *a contrariis* l'espressa ed eccezionale previsione del risarcimento integrale ai sensi dell'art. 165, comma 7, c.p. Correttamente la giurisprudenza prevalente esclude la revoca del beneficio, quando in sede di esecuzione il reo dimostri l'assoluta impossibilità dell'adempimento risarcitorio o ripristinatorio (34). E ancora: si pensi all'eliminazione, da parte del contravventore, delle conseguenze dannose o pericolose del reato, quale condizione per l'ammissione all'oblazione discrezionale *ex art. 162-bis* c.p. Pur nel silenzio della legge, assorbente è il dato oggettivo della riparazione, non la circostanza che sia opera *manu propria* del contravventore, al quale potrebbero mancare le competenze e le risorse necessarie a provvedervi.

Gli schemi sopra tratteggiati sono stati replicati. Si pensi all'estinzione delle contravvenzioni in materia sia di lavoro (art. 24, d.lgs. n. 758 del 1994), sia di ambiente (art. 318-*bis*, d.lgs. n. 152 del 2006), che segue alla regolarizzazione delle violazioni secondo le prescrizioni impartite dall'autorità competente. E ancora: il delitto di illegale ripartizione degli utili si estingue se il capitale sociale viene ricostituito prima dell'approvazione del bilancio (art. 2627, comma 2, c.c.).

7. *La querela-selezione.*

Sul piano del diritto positivo, l'incentivazione della riparazione dell'offesa non segue un disegno unitario. Non sono diverse soltanto le soluzioni legislative, ma anche le finalità perseguite, tra le quali va pure considerata quella deflattiva.

Viene qui in rilievo la politica di potenziamento della querela-selezione (35), avviata con la l. n. 689 del 1981 e proseguita con la l. n. 205 del 1999, il d.lgs. n. 61 del 2002 e il d.lgs. n. 36 del 2018. In questo contesto il

Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2021, n. 40543, *DeJure*. Da qui anche l'irrelevanza del risarcimento corrisposto ratealmente. Così Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 2021, n. 9877, *DeJure*.

(33) F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, cit., p. 113.

(34) V. per esempio Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2021, n. 25375, *DeJure*.

(35) F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p.

risarcimento del danno è il convitato di pietra: se interviene prima della denuncia-querela, l'accordo transattivo impedisce di fatto che si instauri il processo; una volta attivata la condizione di procedibilità, la reintegrazione dell'offeso può essere subordinata alla remissione della querela, quale causa estintiva ai sensi dell'art. 152 c.p.

La querela-selezione non manca nel nostro ordinamento di un'embrionale disciplina di parte generale, intervenuta in tempi diversi e avente ambiti applicativi differenti. L'obiettivo perseguito è quello di dare una copertura giurisdizionale a composizioni in origine puramente stragiudiziali del conflitto sociale.

Il riferimento è, innanzitutto, all'estinzione per condotte riparatorie prevista, in via sperimentale, per i reati di competenza del giudice di pace. L'art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 costituisce una disciplina, per un verso generale, perché non esclusiva dei reati perseguibili a querela, per l'altro speciale, in quanto operante solo per i reati devoluti alla cognizione del giudice pacificatore, la cui vocazione repressiva è assai poco spiccata. La disposizione citata consente al giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, di dichiarare estinto il reato quando l'imputato dimostra di avere proceduto alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

In secondo luogo, va pure considerato l'art. 162-ter c.p., introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, che disciplina l'estinzione del reato per condotta riparatoria in termini speculari rispetto al citato art. 35: la nuova causa estintiva codicistica ha portata generale, seppure limitatamente ai reati perseguibili a querela soggetta a remissione; la qual cosa rende più stretto, sotto il profilo politico-criminale, il nesso tra la querela-selezione, come scelta processuale dell'offeso, e la condotta susseguente dell'imputato, avente ad oggetto, anche qui, la riparazione del danno, mediante restituzioni e risarcimento, e l'eliminazione delle conseguenze dannose.

I due anzidetti istituti estintivi presentano differenze. Il riferimento è ai criteri di esercizio del potere d'intervento del giudice. Solo l'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, infatti, prevede dei parametri finalistici di natura penalistica, quali l'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. L'art. 162-ter c.p. ha, invece, un'impalcatura più civilistica, come dimostra l'esplicito richiamo dell'art. 1208 c.c. in materia di offerta reale.

Evidenti, però, sono le similitudini tra i due fenomeni estintivi. In entrambi i casi il legislatore, chiamando in causa il giudice nel ruolo di co-gestore del conflitto, ha inteso riportare all'interno del processo penale il momento compositivo e stragiudiziale del conflitto, di cui la querela-selezione di per sé

considerata non si occupa. In questo senso l'estinzione per condotte riparatorie, quale istituto di parte generale, funge da completamento funzionale della querela-selezione, quale fenomeno deflattivo di parte speciale. Un altro carattere che accomuna i due istituti — seppure espressamente affermato solo in quello di più recente introduzione — è il potere del giudice di estinguere il reato d'autorità, per così dire forzando la mano del querelante, ovvero chiudendo la partita anche contro il suo volere. Appare evidente che in tal modo l'estinzione per condotte riparatorie ri-pubblicizza la fase della rimessione, temperandone l'originaria natura di diritto potestativo.

Per quel che più interessa in questa sede, è proprio sui poteri del giudice che occorre porre attenzione. Essi possono spingersi fino a imporre la monetizzazione di offese alla persona come le lesioni personali di competenza del giudice di pace. È anche vero, però, che la vittima nel nostro ordinamento non vanta un diritto alla punizione del reo e che in ogni caso l'alternativa all'estinzione sarebbe l'irrogazione di una pena non detentiva. Al di fuori di questi casi, la previsione dell'estinzione coattiva è del tutto opportuna per tutelare il colpevole da intenti approfittatori ed eccessi persecutori del soggetto passivo (36).

8. *La gratificazione dell'offeso.*

La logica della riparazione richiede un'applicazione sapiente, perché porta in sé il pericolo di passare dalla reintegrazione materiale dell'offesa alla gratificazione morale dell'offeso (37); di elevare quest'ultima a funzione collaterale della risposta sanzionatoria, aprendola alle componenti vendicative contro cui ha combattuto la modernità penalistica (38). La centralizzazione della potestà punitiva implica che si prescinda dal sentimento di giustizia dell'offeso, dalla soddisfazione che può dargli la punizione del reo. Oggi, invece, crescono a dismisura le politiche in favore del soggetto passivo; categoria, quest'ultima, che sta perdendo la sua originaria rigidità dogmatica per assumere un'accezione

(36) F. GIUNTA, *Il potenziamento della querela-selezione e la sua gestione giudiziale in presenza di condotte riparatorie*, in *disCrimen*, 10.11.2018, p. 10.

(37) Sottolinea la transizione dalla tutela di un bene alla tutela di una persona, G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *Riv. pen.*, 2020, p. 1043, anticipato su *disCrimen*, 27.10.2020, 7.

(38) Cfr. *amplius* F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., pp. 60 ss.

dilatata di impronta vagamente criminologica (39), più vicina alla figura processuale della persona offesa dal reato, e ancora più ampia di quest'ultima (40).

In alcuni stati americani, i familiari delle vittime (c.d. *co-victims*) sono ammessi ad assistere all'esecuzione capitale del reo. Come non si è mancato di rilevare (41), oltreoceano la massima pena viene vista come un "risarcimento" alle vittime, titolari a una sorta di diritto alla vendetta per mano dello Stato. Si tratterebbe di una risposta della comunità piuttosto che dello Stato in senso stretto. Per converso, non mancano esperienze giuridiche che giungono a porre nelle mani dell'offeso l'*an* della pena. Il riferimento è all'istituto del "prezzo del sangue" (*DIYA*), tipico della tradizione penalistica islamica (42).

Noi, fortunatamente, da molto tempo abbiamo perso domestichezza con la pena di morte, e resistiamo alla spettacolarizzazione della pena in genere. Le luci della ribalta massmediatica investono il processo, mentre rimane nell'ombra, più per indifferenza che per riserbo, la condizione materiale ed esistenziale dell'esecuzione penale.

Nondimeno anche nel nostro diritto si registra un coinvolgimento sempre maggiore della vittima sul piano processuale e, per quel che più interessa in questa sede, nella vicenda punitiva del colpevole.

9. *I modelli sospensivi.*

Nella cornice delle alternative al carcere previste dal nostro ordinamento è sempre più frequente l'imposizione al condannato di contenuti prescrittivi. Può trattarsi di oneri comportamentali tendenzialmente negativi (come il divieto di frequentare luoghi e di svolgere determinate attività) oppure di attività riparative, trattamentali e socialmente utili. Queste ultime, potenziate dalla legislazione recente, costituiscono un efficace strumento riabilitativo, se correttamente

(39) A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Pitch*, in *disCrimen* 20.2.2019, 2; C. PAONESSA, *A proposito di Caino*, *ivi*, 25.9.2019, 2; C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa rimane della tradizione reocentrica?*, in corso di pubblicazione.

(40) L. MAGLIARO, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Gli Speciali di Questione giustizia*, ottobre 2019, § 2.

(41) F.E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del Sistema penale americano*, Bologna, 2009, pp. 168 ss. Per un commento, v. sul punto C. DE MAGLIE, *Ha un futuro la pena di morte negli Stati Uniti?*, *A proposito del volume di Franklin Zimring, The Contradiction of American Capital Punishment*, in *Criminalia* 2008, p. 525.

(42) D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena*, Roma, 2018, pp. 50 ss.

dosate. Nel caso contrario possono trasformarsi in strumenti correzionali vessatori e manipolativi.

Si pensi alla progressiva evoluzione dei nostri istituti sospensivi, che si ispirano sempre di più al modello del *probation*.

Della sospensione condizionale della pena si è già detto. La sua subordinazione all'obbligo delle restituzioni, del risarcimento del danno e dell'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato mira a riempire il vuoto di contenuti specialpreventivi, che caratterizzava in origine l'istituto. Oggi l'obbligo dell'*honeste vivere* può essere arricchito dalla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività. Nell'applicare la normativa non sono mancate forzature da parte dei giudici di merito, propensi ad impartire prescrizioni atipiche e talvolta fantasiose, verisimilmente ispirate dalla cinematografia giudiziaria americana. Si tratta di storture prontamente stoppate dalla giurisprudenza di legittimità (43). Breve: la *ratio* della sospensione condizionale non è mutata; essa mira a evitare gli effetti desocializzanti del carcere di breve durata. L'attività non retribuita, al pari degli altri oneri prescrivibili, serve a riscattare l'istituto dalle critiche di incarnare una mera franchigia sanzionatoria (44). Destinataria dell'attività è la collettività impersonalmente intesa, non l'offeso, sia esso una persona fisica o una comunità. Anche l'integrazione apportata dal c.d. codice rosso (l. 19 luglio 2019, n. 69) rimane nel perimetro del tradizionale rapporto tra reo e ordinamento: la subordinazione della sospensione condizionale, *ex art.* 165, comma 4, c.p., alla frequenza di corsi di recupero mette al centro l'attenzione la rimozione di fattori criminogeni.

Un riferimento all'offeso si trova invece nella disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale. Va premesso che, stando alla lettera della legge, gli oneri cui può essere subordinata la misura alternativa sono principalmente negativi. La loro scelta deve avvenire nell'ambito di quelli previsti dalla legge (45). Essi devono essere oggetto di specifica motivazione da parte del tribunale di sorveglianza (46), oltre che accettati e adempibili da parte del condannato (47). In applicazione di questi principi, secondo la giurisprudenza non assume autonoma rilevanza ostativa l'assenza di condotte riparative prima

(43) Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 16788, *DeJure*.

(44) F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 895.

(45) Cass. pen., sez. I, 22 marzo, 2019, n. 29860, *DeJure*, secondo la quale, nel caso di illecito urbanistico, non può prescriversi la demolizione dell'opera abusiva.

(46) Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1257, *DeJure*.

(47) Con riferimento al risarcimento del danno, v. Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2019, n. 22822, *DeJure*.

della richiesta di ammissione alla misura, la quale costituisce una circostanza liberamente valutabile nell'ambito del giudizio sulla personalità (48).

In questo quadro normativo si colloca l'art. 47, comma 7, ord. pen., là dove si prevede che il condannato si adoperi a favore della "vittima del suo reato". Si tratta di un onere accessorio e valido "nei limiti del possibile". La norma sembrerebbe delimitare la sua portata al risarcimento, alle restituzioni e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Non mancano però interpretazioni più estese, volte ad accentuare la valenza probatoria dell'istituto. Per questa via, e nel silenzio della legge, la prassi sottopone l'affidato in prova allo svolgimento di attività non retribuite a favore della collettività. Soprattutto, facendo leva sull'alternativa, ossia l'esecuzione della pena detentiva, l'affidamento in prova viene sospinto verso percorsi di riparazione morale, come, per esempio, l'invio di una lettera di scuse all'offeso o lo svolgimento di attività a favore dell'offeso.

Contenuti similari presenta la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168-*bis* c.p.). L'istituto comporta condotte riparatorie, comprensive del risarcimento, attività di volontariato di rilievo sociale e non meglio definite prescrizioni "relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria", cui possono aggiungersi divieti di dimora, di spostamento e di frequentare determinati locali (comma 2). La laconicità del disposto normativo lascia aperti ampi varchi alla fantasia prescrittiva dei centri di servizio sociale. In compenso, nel prevedere l'obbligo di svolgere un lavoro di pubblica utilità in favore della collettività, l'art. 168-*bis*, comma 3, c.p. ne offre una definizione che segna un progresso sotto il profilo dei contenuti e della garanzia. Il lavoro di pubblica utilità — si precisa infatti — consiste in una prestazione non retribuita, che tenga conto delle specifiche professionalità e attitudini dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. Lo svolgimento della prestazione non deve essere di ostacolo alle esigenze di lavoro, di famiglia e di salute dell'imputato.

10. *L'archiviazione meritata.*

Un'importante novità *de lege ferenda* è rappresentata dall'istituto dell'ar-

(48) *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2021, n. 42739, *DeJure*.

chiviazione meritata, proposto dalla “Commissione Lattanzi” (49). Si prevede che, dopo la chiusura delle indagini preliminari, il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possano chiedere al giudice per le indagini preliminari di subordinare l’archiviazione all’adempimento di una o più prestazioni a favore della vittima o della collettività, individuate tra quelle previste dalla legge, quando si procede per i reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria. Il giudice per le indagini preliminari, sentiti il pubblico ministero, l’indagato e la persona offesa dal reato, ammette la persona indagata all’archiviazione meritata con la definizione delle misure prescritte e la fissazione di un termine per adempierle, ove valuti congrue le prestazioni proposte rispetto al fatto e alle condizioni personali e patrimoniali dell’indagato.

Rebus sic stantibus non è possibile una valutazione più precisa della disciplina *in fieri*. I punti fermi sembrano essere due. Il primo: nel progettato istituto la vittima (soggetto, questo, di cui si dà un’espressa definizione) viene chiamata a interloquire sulla prospettiva estintiva, con un implicito potere di veto. Il secondo punto di novità consiste nell’esplicitazione che la prestazione può avere come destinataria la vittima.

Per converso, a fronte della precisazione che le misure prescritte devono essere previste dalla legge, l’articolato non offre indicazioni sui poteri decisionali dell’autorità giudiziaria e sulla natura e la durata delle misure prescrivibili.

Plurime *rationes* si intrecciano della proposta di riforma: il perseguimento di istanze deflattive, l’appagamento della vittima finalizzato a placarne il bisogno di pena e la funzione specialpreventiva della pena. Finora, l’interesse dell’offeso è stato posto in bilanciamento con le necessità deflattive del sistema. Domani sarà chiamato a interferire con un’istanza che, nella nostra tradizione penalistica, ha visto come interlocutori essenzialmente l’autore del fatto e il sistema punitivo.

11. *Scenari.*

Provando a tirare le fila del discorso, possono collegarsi tra loro fenomeni che affiorano in punti diversi del sistema. La crisi della legalità, innanzitutto,

(49) Si tratta della Commissione incaricata di elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al disegno di legge A.C. 2435, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti penali pendenti presso le corti d’appello.

non si manifesta solamente nell'ambito della tipicità, quale categoria della sistematica del reato, ma anche in relazione ai contenuti identitari della pena. Oggi, questo rapporto sembra essersi incrinato. Fattispecie incriminatrici in odore di indeterminatezza, come l'associazione mafiosa, sono soggette a risposte sanzionatorie ben definite. Qui la legalità non opera come garanzia del *favor libertatis*, ma presidia l'effettività del rigore punitivo. Con la decrescente gravità del reato, avanzano invece le alternative al carcere e con esse la discrezionalità prescrittiva, che finisce per incidere sul ruolo della magistratura. Tra le linee di sviluppo della giustizia riparativa vi è anche la creazione di spazi liberi dalla giurisdizione (50). Il governo della mediazione è, in tutto o in parte, a seconda dei modelli, nelle mani di centri decisionali tecnocratici. La riserva di giurisdizione appare una garanzia regressiva.

Ma non è tutto. Affiora evidente un nuovo assetto della dialettica tra oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale. L'empatia che manca al giudizio di colpevolezza normativa irradia la funzione emendativa e pedagogica delle odierne alternative al carcere. L'ago della bilancia è rappresentato dalla collaborazione processuale e dalle attività finalizzate alla gratificazione, sia materiale che morale, della vittima. In certi casi basta la reintegrazione dell'offesa, in altri, quelli più gravi, il reo deve riconquistare il cuore dell'offeso, sia esso una persona fisica o la collettività. La partecipazione positiva al trattamento penitenziario, come rinuncia all'antisocialità, non è ancora il percorso riabilitativo, ma un suo indizio. Il colpevole deve trasformarsi in un uomo nuovo. L'esecuzione penitenziaria è modulata in ragione del tipo di autore detenuto: finché rimarrà nemico sociale, il suo destino sarà una cella priva di chiave; se sarà docile, l'ordinamento si mostrerà soave. Solo in questo modo potrà ottenere l'empatia paternalistica del giudice. I condizionamenti emozionali del giudicare, infatti, sono stati sdoganati dal paradigma vittimario in modo unidirezionale, con conseguente compromissione della terzietà del giudice. Il diritto penale moderno, intriso di razionalismo, prediligeva il *favor rei*. Non senza ragione: l'interesse alla tutela è già soddisfatto dalla posizione del divieto penale. Nel momento dell'affermazione della responsabilità il protagonista è il colpevole. Solo l'avvicinamento al reo può temperare la ruvidità della colpevolezza normativa e consentire un giudizio olistico sulla persona, per il quale non è sufficiente la porzione di vita inquadrata dal fatto tipico. Senza una vicinanza al soggetto esposto all'azione dell'apparato repressivo, il giudice non può svolgere la sua fondamentale funzione di garanzia. Ciò vale a maggior ragione nella fase

(50) F. CONSULICH-M. 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 *disCrimen*, 12.2.2022, p. 3 ss.

dell'esecuzione penale, pensata per affliggere freddamente un cittadino, che mantiene la sua irriducibile dignità di persona, anche se colpevole.

Un cenno infine merita il rapporto tra il vecchio arsenale sanzionatorio e il ventaglio delle alternative al carcere. Finché la risposta punitiva di partenza sarà il custodialismo del carcere, la rieducazione risponderà alla logica della convenienza e della costrizione. Solo l'umanizzazione della pena detentiva può assicurare la funzione di prevenzione speciale che ispira le misure alternative vigenti e l'auspicata introduzione di pene edittali prescrittive (51). Un'autentica riabilitazione non può germogliare da una pena detentiva degradante.

(51) L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021, pp. 4 ss.