

QUESITI

ALESSANDRO MALACARNE

Presunzione di non colpevolezza e giustizia penale riparativa: una diade problematica

L'elaborato, traendo spunto dalla recente introduzione nell'ordinamento italiano di una disciplina organica in materia di giustizia penale riparativa (d.lgs. 150/2022), si propone di esaminare, in una prospettiva teorica di più ampio respiro, il complesso rapporto tra questo nuovo paradigma giuridico-filosofico e la presunzione di innocenza, nella duplice prospettiva offerta dalla regola di trattamento e dalla regola di giudizio.

Presumption of innocence and restorative justice: a complex relationship

The paper, due to the recent come into force in the Italian criminal procedural system of a general regulation of restorative justice (legislative decree 150/2022), explores the relationship between this new legal-philosophical paradigm and the presumption of innocence. The study is conducted from a dual perspective, considering both the "rule of treatment" and the "rule of judgment".

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di un "modello riparativo" costituzionalmente orientato. - 2. Procedimento penale *vs* *restorative practices*. - 3. Il difficile equilibrio tra le garanzie del *fair trial* e la dinamica conciliativa. - 4. La presunzione di non colpevolezza nel solco tracciato dalla giustizia riparativa. - 5. Il riconoscimento dei *basic facts* quale requisito di accesso ai percorsi di *restorative justice ante iudicatum*. - 6. Il contenuto della "giustizia mite". - 6.1 La "giustizia senza spada" quale alternativa alla pena. - 6.2 ... o quale forma alternativa di pena? - 7. Brevi considerazioni di sintesi.

1. *Alla ricerca di un "modello riparativo" costituzionalmente orientato.* La recente novella del "sistema penale"¹ ha riportato in auge - rendendolo, così, di estrema attualità - il vivace dibattito sviluppatosi da tempo in dottrina sul tema della giustizia riparativa², definita dai più autorevoli studiosi come una

¹ L. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Per una panoramica generale sui contenuti della riforma, cfr., *ex plurimis*, GAITO-LANDI, "L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale à la Cartabia, in *questa Rivista web*, 23 settembre 2022; GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 15 ottobre 2021; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2 novembre 2022; LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 34/2021*, in *questa Rivista web*, 1° dicembre 2021. E, per alcune considerazioni critiche, VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *questa Rivista web*, 22 novembre 2022.

² Tra i numerosi commenti alla novella, limitatamente al tema oggetto della presente trattazione, v., oltre a quanto riportato nelle note seguenti, BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *www.lalegilsazionepenale.eu*, 15 giugno 2021; ID., *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 111 ss.; ID., *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. 150/2022*, in *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2023; BOUCHARD, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in *www.questionegiustizia.it*, 23 giugno 2021; DEI CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *questa Rivista web*, 20 ottobre 2021; GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 377-382; MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10*

delle principali «rivoluzioni copernicane» delle ultime decadi³. Sotto tale profilo, la *restorative justice* pare aver assunto, nell'intera impalcatura della cd. riforma Cartabia, un ruolo di assoluta centralità che, a ben vedere, non risulta circoscritto alle specifiche disposizioni a essa dedicate, ma innerva, altresì, il *novum* dell'apparato “sanzionatorio” nel suo complesso⁴.

ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale, in www.sistemapenale.it, 27 febbraio 2023; ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 87 ss.; PANSINI, *Qualche riflessione (critica) sulla “nuova” giustizia riparativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 689 ss.; PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale, in Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo-Donini-Mancuso-Varraso, Milano, 2023, 267 ss.; PRESUTTI, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in www.sistemapenale.it, 27 giugno 2023; SPANGHER, *La giustizia penale verso la reparate justice*, in www.ilpenalista.it, 4 marzo 2022. E, sul versante sostanziale, DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in questa Rivista web, 29 luglio 2021; EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 79 ss.; MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in questa Rivista web, 29 giugno 2021; MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in questa Rivista web, 31 maggio 2022; ID., *Gli effetti trasformativi della disciplina organica in materia di giustizia riparativa*, in *Giur. it.*, 2023, 955 ss.; ID., *La giustizia riparativa: brevi note su contesto, disciplina ed effetti trasformativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 649 ss.; MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale, in Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 233 ss.; PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 dicembre 2022; PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 27 febbraio 2023.

³ Così, DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 236 ss. La bibliografia sul tema, come risaputo, è ormai divenuta “tsunamica”. Sia perciò consentito limitarsi a rinviare, oltre a quanto riportato nelle note seguenti, ai contributi di R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 96 ss.; *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di Bertagna-Mazzucato-Ceretti, Milano, 2015; BONINI, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella restorative justice: profili critici e potenzialità espansive*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco-Marzaduri, Torino, 2016, 149 ss.; BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995, 887 ss.; ID., *Vittime al bivio. Tra risentimenti e bisogno di riparazione*, Genova, 2021; BOUCHARD-MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; CARTABIA-CERETTI, *Un'altra storia inizia qui*, Firenze-Milano, 2020; CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015; CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1760 ss.; *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la giustizia penale*, a cura di Eusebi, Milano, 2015; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; *La vittima nel «nuovo mondo» della mediazione penale. Profili di un'assenza*, a cura di Valentini-Trapella, Roma, 2019.

⁴ Si è parlato, in proposito, della «novità culturalmente più rilevante del D.Lgs. n. 150» (così, GIALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la “riforma Cartabia”*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 359).

Ciò, tuttavia, non deve affatto stupire.

In effetti, che il «tempo [fosse] ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa»⁵ è confermato, tra le altre, dalle chiare e univoche indicazioni provenienti dalle fonti sovraordinate dedicate al tema *de quo*. In quelle sedi, com'è stato autorevolmente osservato, la giustizia di prossimità «si leva quasi come un luminoso antidoto al grigio meccanismo punitivo»⁶. Il tradizionale modello repressivo, difatti, collocandosi nel solco di un rito criminale nel quale i soggetti coinvolti manifestano interessi antagonisti, finisce inesorabilmente per radicalizzare i conflitti sociali, senza offrire alcuna risposta a quel «generale e diffuso bisogno [...] di effettiva tutela delle vittime dei reati»⁷.

In questo senso, la Raccomandazione 2018/8 del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa⁸ è solo l'ultima tra le numerose normative di *soft law* che incoraggia espressamente le singole autorità nazionali a sviluppare approcci autenticamente riparativi, stimolando l'introduzione di discipline organiche e uniformi di giustizia conciliativa. Nella medesima linea, d'altronde, si collocavano già la direttiva 2012/29/UE⁹ - e, in particolare, l'art. 12, ove si prevede che gli Stati membri adottino misure atte a garantire la protezione delle vittime ogniqualvolta si opti per il ricorso a servizi di giustizia riparativa -, non-

⁵ Così, CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia*, in *www.penaledp.it*, 16 marzo 2021, 15. *L'affectio* dell'ex Ministra della Giustizia per il tema in parola è chiaramente espressa nell'idea per cui «attraverso la cultura del diritto penale riparativo possiamo contribuire a diffondere una capacità culturale che, di fronte ai conflitti che sono inevitabili in ogni contesto sociale, si misuri con la necessità della ricomposizione, della riconciliazione, del rilancio di possibilità di rapporti apparentemente recisi dalla commissione del reato» (così, ID., *Apertura dei lavori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 203).

⁶ PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 424.

⁷ Così, PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 541.

⁸ *Raccomandazione 2018/8* del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale.

⁹ 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. Sulla quale, v., per tutti, ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Padova, 2015, 3 ss.; BARGIS-BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2017, 15 ss.

ché, in precedenza, la Risoluzione ECOSOC 2002/12 concernente i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*¹⁰.

In una prospettiva di più ampio respiro, può osservarsi come il nuovo paradigma di giustizia offerto dalla riconciliazione penale, lungi dal dover essere interpretato come «*a panacea against all social evils*»¹¹, sia destinato a incidere non solo sul piano del diritto sostanziale – e, in specie, sulla nozione di pena e sulle funzioni a essa attribuite¹² – ma, altresì, sul versante processuale¹³. In effetti, il rinnovato interesse – tanto dogmatico, quanto pratico-applicativo – per la “giustizia senza spada” induce a confrontarsi con molteplici questioni problematiche, nell’intento di valutare la compatibilità della *soft justice* con le garanzie fondamentali del giusto processo (artt. 24, 27, co. 2, 111 Cost.).

Una simile prospettiva d’indagine, a ben vedere, è sollecitata dalle stesse fonti sovranazionali poc’anzi menzionate. Basti ricordare, in proposito, come la Raccomandazione 2018/8 collochi le «garanzie processuali» che «devono essere applicate alla giustizia riparativa» nell’ambito del Titolo IV, dedicato proprio all’individuazione della «base giuridica per la giustizia riparativa nell’ambito della procedura penale»¹⁴.

Da questo angolo di visuale, pertanto, obbligatorietà dell’azione criminale¹⁵, diritto di difesa, parità delle armi, ragionevole durata del processo¹⁶, *right to a*

¹⁰ ECOSOC Resolution 2002/12 *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.

¹¹ Testualmente, WALGRAVE, *Restorative Justice is not a Panacea Against all Social Evils*, in *Critical Restorative Justice*, a cura di Aertsen-Pali, Oxford, 2017, 107. Di recente, pure FIANDACA, *Giuliano Vassalli dal fascismo alla democrazia: luci e ombre di un percorso esistenziale, accademico e politico*, in www.sistemapenale.it, 25 aprile 2023, ha osservato come «neppure il ricorso alla giustizia riparativa può, di per sé fungere da bacchetta magica automaticamente risolutrice di ogni problema». Mette in guardia dall’attribuire «alla *restorative justice* potenzialità “salvifiche”» rispetto ai problemi della giustizia penale contemporanea anche BONINI, *La deflazione virtuosa: intersezioni tra riti negoziali e restorative justice*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di De Francesco-Gargani-Marzaduri-Notaro, Torino, 2019, 80.

¹² Cfr., di recente, le riflessioni di FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2020; ID., *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, in www.sistemapenale.it, 25 ottobre 2023.

¹³ Sul rapporto tra i canoni del *due process of law* e il paradigma riconciliativo, cfr., per un’ampia panoramica, BROWN, *The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique*, in *EMORY Law Journal*, 1994, 1247 ss.; DELGADO, *Goodbye to Hammurabi: Analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice*, in *Stanford Law Review*, 2000, 751 ss.

¹⁴ Per le ultime citazioni, v. la Raccomandazione 2018/8, rispettivamente par. 23 e titolo IV.

¹⁵ Cfr. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., 555. L’A., sotto questo profilo, mette in evidenza come «la vigenza, nel nostro ordinamento, del principio costituzionale della legalità nella persecuzione penale ha

*court*⁷, *ne bis in idem* e presunzione di non colpevolezza rappresentano un terreno di studio - già, di per sé, particolarmente scivoloso - con il quale gli interpreti e il legislatore devono confrontarsi nell'intento di perseguire quell'obiettivo - imposto, come detto, dalle fonti sovraordinate - di costruire un sistema organico e costituzionalmente orientato dei meccanismi di *restorative justice*¹⁸.

2. *Procedimento penale* vs *restorative practices*. In virtù di tale premessa, il presente scritto è volto a mettere in luce alcune problematiche concernenti il rapporto tra la giustizia penale riparativa e la presunzione di non colpevolezza, nella duplice prospettiva offerta dalla regola di trattamento e dalla regola di giudizio. Il canone cristallizzato all'art. 27, co. 2 Cost., come si avrà modo di osservare, rappresenta, infatti, un punto di osservazione privilegiato allor-

contribuito a fornire un "alibi" alla difficoltà culturale del sistema giudiziario ad attribuire legittimazione a procedure alternative di composizione del conflitto nascente dal reato, fondate sul paradigma conciliativo».

¹⁶ Sulla rilevanza del fattore temporale nell'ambito della mediazione penale, v., tra i molti, DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 377 ss.; FORTI, *Tempo del processo e tempo della persona: scorci prospettici della giustizia riparativa*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese, 2007, 104 ss.; MANNOZZI, *Towards a "Humanism of Justice" through Restorative Justice: a Dialogue with History*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 2017, 5, 152 ss.; RUGGIERI, *Restorative justice passaggio a Nord-Ovest e giustizia penale*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, cit., 164.

¹⁷ Ritengono che il carattere consensuale che irradia l'intero meccanismo di giustizia ripartiva sia da solo sufficiente a «superare l'obiezione relativa all'eventuale violazione del "diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge"», CIAVOLA-PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, Torino, 2019, 168.

¹⁸ Sul punto, v. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 271-273. Cfr. pure CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 157, nt. 12, la quale, richiamando quanto osservato da CHIAVARI, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre definito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 411, afferma come «ritenere che la Costituzione costituisca un insormontabile ostacolo all'introduzione nel nostro ordinamento penale di strumenti di giustizia riparativa equivarrebbe a concludere che "nessun altro ordinamento si preoccupi dell'uguaglianza di fronte alla legge e alla giustizia penale, il che pare francamente eccessivo"». Più in generale, sottolinea come la difficoltà di armonizzare il sistema di giustizia riparativa con i cardini del procedimento penale sia questione comune a molti paesi membri dell'Unione Europea, CALANELLO, *Notazioni comparate*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 188.

quando si intendano esaminare le relazioni tra il sistema punitivo tradizionale e una visione di tipo *restorative* della giustizia criminale.

Prima di entrare *in medias res*, però, è opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare, volte a meglio delineare i contorni della tematica oggetto di studio.

Va osservato, anzitutto, come l'interprete e il legislatore, nel tentativo di indagare e regolamentare il rapporto tra procedimento penale e giustizia riparativa, sembrerebbero chiamati a operare una scelta di campo: *favor rei* o *favor victimae*?

Nell'ambito di quel fenomeno icasticamente descritto in termini di «“privatizzazione virtuosa” della giustizia penale»¹⁹, l'impostazione tradizionale tende a riconoscere alla vittima un ruolo di primaria importanza nella risoluzione dei conflitti sociali legati alla commissione di un crimine. Benché il *mare magnum* della letteratura in materia non consenta di rintracciare una nozione condivisa di giustizia riparativa²⁰ - anche in ragione della difficoltà di inquadrare quest'ultima nel contesto delle classiche categorie dogmatiche -, è agevole constatare, in effetti, come essa si proponga quale principale obiettivo proprio quello di valorizzare oltremodo le istanze avanzate dalla persona offesa nel corso delle procedure riparative²¹. La convinzione di fondo general-

¹⁹ Così, nel definire l'essenza delle *restorative practices*, GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 2008, 22.

²⁰ Come sottolinea BONINI, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (artt. 42-46)*, in *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 728, «definire la giustizia riparativa è impresa ardua, poiché è fenomeno che fa di informalità, elasticità e plasmabilità in concreto le proprie caratteristiche distintive». In proposito, basti considerare come non risulti ancora consolidata in letteratura la distinzione tra conciliazione, riparazione, ricomposizione e condotte prestazionali. Del resto, come ben evidenzia PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014, 3 s., le espressioni “giustizia riparativa” e “giustizia conciliativa” debbono essere tenute distinte. Mentre la prima va ricondotta nel «cd. approccio olistico o puro» della *restorative justice*, valorizzando perciò il momento procedimentale dell'incontro tra le parti coinvolte, la seconda, invece, andrebbe collocata nell'ambito del «cd. approccio massimalista», che tende, cioè, a individuare l'elemento centrale dell'analisi nella “condotta riparatoria”. Sul punto, cfr. anche DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs riparazione interpersonale*, in *Cass. Pen.*, 2022, 2027 ss.; EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in www.sistemapenale.it, 24 novembre 2023.

²¹ In una prospettiva problematica, tuttavia, accreditata dottrina ha posto condivisibilmente in luce come «l'assunzione del ruolo di protagonista da parte della persona offesa» nell'ambito dei percorsi di giustizia conciliativa sollevi «delicati risvolti problematici, determinati [...] dal riconoscimento in capo alla

mente manifestata dai sostenitori della *soft justice*, del resto, è quella per cui il concetto di “reato” non possa essere circoscritto alla semplice lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice (espressione di un interesse collettivo sotteso al diritto punitivo), bensì rappresenti una violazione dei diritti individuali delle persone “in carne e ossa”²².

Con ciò, è opportuno precisarlo, non vuol certo affermarsi (né potrebbe affermarsi) che il soggetto leso assuma, nel contesto della giustizia mite, il ruolo di *dominus* dei percorsi riparativi.

È proprio questa, d’altro canto, la concezione adottata dalla miglior dottrina, la quale tende a identificare la *relational justice* alla stregua di un modello di Giustizia “altro e diverso” dal sistema penale tradizionale: muovendo da una differente concezione del fatto criminoso – si sostiene –, questo nuovo paradigma attribuisce a entrambe le parti della lite, autore e vittima, il compito di ricomporre una controversia sociale²³. L’idea che il ricorso ai meccanismi della conciliazione possa avvenire soltanto in presenza di un interesse esclusivo della persona offesa, sebbene trovi conferma in talune fonti sovranazionali di *soft law*, si pone in contrasto, difatti, con l’assunto – di assoluta centralità nella teorica della giustizia riparativa – secondo cui il reo, al pari della vittima, as-

vittima di un potere direttamente incidente sulla risposta sanzionatoria» (così, BONINI, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella restorative justice*, cit., 150).

²² Cfr., per tutti, MANNOZZI-LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 159. In senso critico rispetto a questa prospettiva, v. CONSULICH-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 *www.discrimen.it*, 12 febbraio 2022, 8, per i quali «l’idea che le sorti della sanzione penale pubblica dipendano da una riconciliazione personalissima e insormontabile tra le parti, fuori dal circuito giudiziario, può [...] lasciare priva di approdo una componente insopprimibile del bisogno di pena. Per quanto lesivo di un interesse privato, il reato ha un’indelebile componente comunitaria». Nello stesso senso, v., già, PAVARINI, *Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, Padova, 1998, 11 s. Per una differente ricostruzione, v., invece, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 365, secondo la quale «la natura consensuale e la finalità riparativa del paradigma mediativo legittima la deviazione non dalla giurisdizione *tout court*, ma dal modello di risposta offerto dal sistema ordinario». Nella medesima prospettiva, nella letteratura straniera, v. le efficaci argomentazioni di I. GONZALEZ CANO, *Mediación, proceso penal y víctima*, in *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, diretto da Castillejo Manzanares, Barcellona, 2019, 426, 429.

²³ GALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la “riforma Cartabia”*, cit., 359, il quale sottolinea proprio come «la giustizia riparativa è geneticamente orientata alla riaffermazione della centralità delle persone coinvolte nel conflitto generato dal reato».

sume il ruolo di co-gestore del conflitto²⁴. È in questo senso, peraltro, che si collocano gli stessi canoni ispiratori dei meccanismi conciliativi: eguale attenzione a tutti i partecipanti, assenza di dominio fra le parti ed equilibrio relazionale²⁵.

Ad ogni modo, in una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella appena descritta si colloca, per contro, la visione “imputato-centrica” che permea il procedimento penale post-illuminista. Esso, come risaputo, è strutturato attraverso la previsione di meccanismi a tutela dell'accusato, al fine di garantire la giustezza della decisione, nel pieno rispetto dei principi che governano l'iter di accertamento del fatto. La presenza della persona offesa/vittima, in questo contesto, è meramente eventuale e, in ogni caso, rivolta univocamente al soddisfacimento di una pretesa di natura *lato sensu* economica.

Da quanto poc'anzi osservato emerge una chiara e netta contrapposizione tra due differenti visioni del fenomeno criminale. In breve: vi sono, da un lato, quelle correnti di pensiero che auspicano un definitivo affrancamento del rito penale da quel «“vittimismo” nei confronti del reo»²⁶ che ha caratterizzato (e, ad avviso di taluni studiosi, caratterizza tutt'ora) il sistema penale contemporaneo. A questa visione, viceversa, si oppongono coloro che intravedono nella recente politica legislativa una vera e propria “vittimizzazione dei rei”²⁷.

²⁴ Per questa convincente presa di posizione, v. le autorevoli considerazioni di MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 108. Sulla stessa linea di pensiero, di recente, DE FRANCESCO, *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali: appunti minimi per un confronto*, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Pioggiani-Mannozi-Sotis-Perini-Scoletta-Consulich, vol. I, Milano, 364 s. In tal senso, perciò, merita condivisione la scelta operata dai *conditores* del 2021 che, all'art. 1, co. 18 lett. a), della l. n. 134/2021 hanno previsto l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa che tenga conto, contestualmente, «dell'interesse della vittima e dell'autore del reato». Per una diversa opinione, v., però, quanto autorevolmente osservato da MAZZA, sub *art. 129bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2023, 1970, per il quale «è quasi inutile sottolineare la netta finalizzazione della giustizia riparativa a tutela esclusiva della vittima».

²⁵ Su questo aspetto, v., da ultimo, BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 20, la quale ritiene che «la centralità della vittima nelle dinamiche riparative, però, non deve lasciar intendere una prevalenza della stessa sulla posizione dell'accusato».

²⁶ CASAROLI, *La riparazione pubblica delle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1990, 293. Cfr. pure VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *questa Rivista web*, 6 maggio 2021.

²⁷ Di particolare pregnanza, in tal senso, è il titolo di un convegno («*I nuovi rei: vittime delle vittime?*») organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane in data 4 febbraio 2022 e reperibile al sito www.radioradicale.it.

Conciliare queste divergenti prospettive (ammesso che tale sia la via da percorrere) non è opera affatto agevole né, tantomeno, priva di ostacoli²⁸. L'armonizzazione dei diritti processuali dell'imputato con le eterogenee pretese reclamate dalla vittima è operazione di "chirurgia legislativa" che impone di dosare, *cum grano salis*, le contrapposte esigenze avanzate dai protagonisti del "palcoscenico penale".

Il secondo elemento che contribuisce a rendere assai complesso il fenomeno delle interrelazioni tra "i due opposti" della giustizia criminale è senz'altro individuabile nell'estrema informalità e duttilità che permea e plasma ogni percorso di *relational justice*.

L'assenza di vincoli formali predeterminati *ex lege*, come risaputo, è un requisito imprescindibile e un elemento costitutivo della giustizia riparativa. La ragione a fondamento di tale caratteristica va individuata nella necessità di adeguare al meglio i percorsi di soluzione del conflitto alle multiformi esigenze che emergono nel caso concreto, valorizzando così un dialogo autentico e sincero tra le parti coinvolte. Non dovrebbe stupire, dunque, che, sotto tale profilo, le prime esperienze di mediazione-conciliazione penale si siano affermate come prassi giudiziarie prima ancora di essere recepite in "labili" apparati normativi.

Se un tanto è vero, le profonde divergenze rispetto al sistema procedimentale tradizionale appaiono di tutta evidenza: mentre il processo penale esige il rispetto del "rito" e delle forme che lo contraddistinguono²⁹ - manifestazione di un'estetica che innerva l'incedere nel suo complesso³⁰ -, la giustizia di prossi-

²⁸ La contrapposizione tra queste differenti visioni del "sistema giustizia" non è che un riflesso della valorizzazione, rispettivamente, del cd. paradigma vittimario e della tradizione reo-centrica che da tempo impegna le riflessioni di filosofi, criminologi e giuristi. Data l'ampia letteratura sul tema, ci limitiamo a rinviare, per un'analisi delle differenti prospettive, a DEL TUFO, *Profili critici della vittimodonna*, Napoli, 1990; CORRERA-RIPONTI, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale: un approccio criminologico*, Padova, 1990; PITCH, *Il protagonismo della vittima*, in www.discrimen.it, 20 febbraio 2019. Qualifica, però, in termini di «falso dilemma» il problematico rapporto tra «reocentrismo» e «vittimocentrismo», DE FRANCESCO, *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali*, cit., 363.

²⁹ Sull'essenzialità del "rito" nel processo penale quale baluardo a tutela delle garanzie dell'imputato e della giustizia della decisione, v., per tutti, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da Firpo, Milano, 1984, 118, il quale già sottolineava come la forma, distinguendosi dal formalismo, desse «al popolo l'idea di un giudizio non tumultuario [...] ma stabile e regolare».

³⁰ Imprescindibili, AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016; GARAPON, *La despatializzazione della giustizia*, Milano, 2021.

mità, al contrario, non può certo essere imbrigliata in vincoli modali prestabiliti. Essa, per sua stessa natura, si nutre di informalità.

Non essendo questa la sede per esaminare, *funditus*, la questione da ultimo richiamata, non è possibile comunque esimersi dal fare un breve cenno ai possibili rischi che potrebbero derivare da un'eccessiva "flessibilità delle forme" in favore di quella che una parte della dottrina ha definito in termini di «de-istituzionalizzazione della giustizia riparativa»³¹. In questa prospettiva, in effetti, i commentatori più accreditati hanno già messo in luce i possibili risvolti problematici connessi all'adozione di un modello di soluzione dei conflitti che prescindendo da ogni, seppur minima, proceduralizzazione: la preoccupazione - come osservato - è quella di trovarsi di fronte a un sistema «non tecnocratico ma opaco, ingovernabile e, soprattutto, dagli esiti imprevedibili e diseguali»³².

Pur essendo tale considerazione senz'altro condivisibile, deve darsi conto di come altri studiosi, per tentare di ovviare a tali problematiche, abbiano opportunamente invitato a non esasperare i termini della questione. Sebbene non possa negarsi che la preventiva positivizzazione delle attività realizzate nel solco dei percorsi di riparazione penale mal si concilia con la natura «"individualizzante" della *RJ*», ciò non esclude, tuttavia, «margini esplorativi per individuare buone prassi che garantiscano maggiori garanzie», al fine di «evitare che nell'indeterminatezza della disciplina e delle procedure si finisca per creare ferite maggiori di quelle che ci si proponeva di guarire»³³.

3. *Il difficile equilibrio tra le garanzie del fair trial e la dinamica conciliativa.*

Cercando di muoversi nell'ambito delle coordinate teoriche appena descritte, va osservato come il rapporto tra la presunzione di innocenza e la giustizia riparativa generi non pochi problemi tutte le volte in cui il modello conciliativo è chiamato a interagire con il paradigma punitivo tradizionale.

Al contrario, questi sembrano di gran lunga scemare laddove si adotti un approccio alla *soft justice* che, pur presupponendo l'esistenza di un procedimento penale, impone una severa e rigida autonomia rispetto a quest'ultimo.

³¹ R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in www.sistemapenale.it, 29 novembre 2022, 2.

³² CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2006, 69.

³³ Testualmente, e condividendone l'opinione, PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 22.

Si pensi, ad esempio, a quanto previsto nella “circolare ministeriale di attuazione” dell’art. 10-1 del codice di procedura penale francese, disposizione introdotta nel 2014 che consente alla vittima e all’autore del reato di intraprendere un percorso di *justice restaurative* «a l’occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure». Per quanto di interesse, il legislatore d’oltralpe, nella convinzione che la partecipazione debba essere «volontaire» e «gratuit», ha stabilito che «*quel que soit le déroulement de la mesure [de la justice restaurative], son succès ou son échec restent sans incidence sur la réponse pénale*»³⁴, evitando così qualunque contaminazione tra i due modelli di giustizia penale.

Collocandosi, pertanto, nella prima prospettiva di cui si è dato conto, deve anzitutto osservarsi, più in generale, come la dottrina dominante tenda a privilegiare un approccio al tema riconducibile all’idea della cd. complementarietà strutturale.

Una tale visione del fenomeno non può che essere condivisa³⁵.

Difficile negare, in effetti, che la giustizia riparativa, «ancorché ispirata da un paradigma giusfilosofico volto a promuovere il superamento della vendetta, della ritorsione, della rivalsa», viva comunque «dell’“interdipendenza funzionale” con il diritto penale, dal quale attinge sia la definizione dei conflitti [...] sia un complesso di irrinunciabili garanzie individuali»³⁶. D’altro canto, laddove la *quaestio facti* oggetto di conciliazione abbia una rilevanza in termini giuridici, pare difficilmente ipotizzabile una scissione assoluta e radicale tra la

³⁴ Così si esprime la *Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative*, reperibile al sito <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=42000>. Per un commento critico, v. SOULOU, «Justice Restaurative»: Une Véritable Opportunité de Mutation pour la Justice Criminelle en France, qui se Heurte à des Obstacles, in *Les Mutations de la Justice*, a cura di Agresti-Gasparini, Aix-en-Provence, 2020, 126, per la quale «la circulaire du 15 mars 2017 sur le JR manifeste une certaine méfiance face à l’approche restaurative de la criminalité, en empêchant l’interférence des processus restauratifs dans le fonctionnement de la Justice Criminelle».

³⁵ Accolgono, tra i molti, l’idea di un approccio complementare tra il modello punitivo-processuale classico e quello offerto dai meccanismi di giustizia conciliativa, R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 96 ss.; DE FRANCESCO, *Uno sguardo d’insieme sulla giustizia riparativa*, in www.la-legislazione-penale.eu, 2 febbraio 2023, 10; MANNOZZI, *La “visione” di Raffaello*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi-Lodigiani, Bologna, 2015, 235; PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 74. Tra i processualisti, BONINI, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. n. 150/2022*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 5, 9; DIDI, *Processo penale e paradigma riparativo. I nuovi orizzonti della tutela dell’interesse lesso*, Milano, 2022, 35; 259; SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1269.

³⁶ Così, MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 2017, 483.

giustizia riparativa e il sistema penale classico (tanto sostantivo, quanto processuale). Le conseguenze giuridiche e sociali legate all'asserita realizzazione di un reato, difatti, impongono, sempre e comunque, una qualche forma di controllo da parte di un giudice³⁷. Laddove ciò non fosse garantito, il rito penale sarebbe sostituito da una forma privata di gestione dei conflitti; e questo, è evidente, non rappresenta certo una progressione (in termini positivi) nella gestione del fenomeno criminale, ma, piuttosto, un'involuzione e una perdita di significato della nozione di Stato di diritto³⁸.

Alla luce di quanto osservato fino ad ora, il rischio che si intravede, tuttavia, è quello di essere portati ad assumere posizioni estreme e radicali, dirette vuoi a una iper-valorizzazione del ruolo attribuito alla vittima, vuoi a un'assoluta denigrazione di quest'ultima, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero sul piano delle garanzie dell'imputato e, in specie, della presunzione di innocenza.

Cosicché, per ovviare a simili inconvenienti, si potrebbe pensare di adottare un approccio, a prima vista equilibrato, volto alla ricerca di una sintesi tra le due opposte prospettive: i principi procedurali che governano l'*iter* di accertamento penale del fatto dovrebbero essere (ri)letti alla luce dei nuovi modelli offerti dalla *restorative justice* senza, tuttavia, subire una snaturalizzazione o un'alterazione irreversibile. Muovendosi in quest'ordine di idee, occorrerebbe, cioè, convincersi della necessità che le regole del giusto processo debbano

³⁷ In questo senso, v. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in www.la-legislazionepenale.eu, 2 settembre 2019, 12; PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 77; PATANÈ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 580, la quale, con specifico riferimento alla mediazione, afferma come quest'ultima, «pur aspirando a una collocazione strutturalmente distinta dal modello di gestione formalizzata dei conflitti proprio del sistema penale, risulta a quest'ultimo legata per un duplice ordine di fattori: in quanto deriva il suo campo di azione dalla definizione penalistica del conflitto e in quanto dipende dalla perdurante pendenza di un processo penale in caso di fallimento». In una prospettiva più generale, tuttavia, esprime forti perplessità sulle funzioni assunte dal giudicante nelle procedure di giustizia riparativa, TAVASSI, *Timeo danaos: la tutela della vittima e le trasformazioni del processo penale*, in *questa Rivista web*, 26 novembre 2017, 23, per la quale il ruolo di detto soggetto ne risulterebbe «profondamente trasformato, da organo statutale chiamato a pronunciarsi, in modo imparziale, su di una domanda di interesse pubblico ad arbitro parziale della giustizia riparativa, garante della piena soddisfazione delle pretese risarcitorie della vittima».

³⁸ In tal senso, v. anche CUADRADO SALINAS, *La mediación: ¿Una Alternativa Real al Proceso Penal?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, 24.

essere «*experienced in a different form*» o, quantomeno, «*to be constructed in a manner more appropriate for the restorative perspective*»³⁹.

Una simile prospettiva d'indagine, ancorché autorevolmente sostenuta, non appare, tuttavia, pienamente convincente.

In effetti, si dubita dell'opportunità di un'operazione ermeneutica volta a trasfondere nell'ambito della giustizia di prossimità i canoni e le garanzie sottese al sistema punitivo tradizionale. Com'è stato osservato da accreditata dottrina, «i paradigmi cardine del giusto processo [...] vanno riaffermati nell'ambito del “giudiziario”, mentre un loro trapianto di peso nel “sistema di esperienza” della pratica mediativa condurrebbe a una crisi esiziale di rigetto»⁴⁰.

La questione, per la centralità che assume ai fini delle riflessioni svolte a seguire, merita qualche considerazione ulteriore.

Nell'approcciarsi alla materia oggetto della presente trattazione, è utile introdurre, in via preliminare, una tripartizione teorica, di carattere generale, che consente di apprezzare i differenti piani di rilevanza assunta dai principi e dalle garanzie che governano, rispettivamente, gli istituti di *relational justice* e le regole di accertamento nel procedimento penale.

In una prima dimensione, vengono a collocarsi quelle regole che contribuiscono a individuare il “nocciolo duro” del paradigma riparativo, quali, ad esempio, l'assenza di dominio di una parte sull'altra, la prossimità emotiva dei soggetti coinvolti, l'equidistanza del mediatore e il principio di confidenzialità. Si tratta, lo si è detto, di concetti che connotano l'essenza stessa della giustizia mite e, come tali, debbono trovare applicazione esclusivamente laddove si opti per questa modalità “differenziata” di risoluzione delle controversie.

In una seconda categoria, invece, possono essere annoverati tutti quei principi che governano il procedimento penale: la mente corre, come si è osservato, ai numerosi corollari che ruotano attorno alla teoretica del giusto processo.

Infine, si può fare riferimento – in un'ottica ancora differente – a un insieme eterogeneo di garanzie che assumono una certa consistenza in tutti quei momenti nei quali il paradigma conciliativo è chiamato a “combinarsi” con il rito criminale.

³⁹ È questa la prospettiva nella quale sembra collocarsi un autorevole studioso quale WALGRAVE, *Introduction*, in *Restorative Justice and the Law*, a cura di Walgrave, Cullompton, 2002, xvii.

⁴⁰ Così, DI CHIARA, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrelevanza del fatto alla mediazione*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, 345.

È quest'ultima, a ben riflettere, la categoria alla quale l'interprete deve prestare maggiore attenzione nella ricerca di un modello costituzionalmente orientato di giustizia riparativa.

In effetti, lungi dal ritenere che i principi in gioco in tale dimensione siano il frutto di un *nix compositum* tra le regole che governano il procedimento penale e i criteri individualizzanti i percorsi di *restorative justice*, deve osservarsi, al contrario, come questo momento si caratterizzi per la necessità di bilanciare le diverse esigenze emergenti dai “due mondi” della giustizia penale. In questo senso, le garanzie proprie della categoria testé richiamata assumono rilevanza in una duplice prospettiva: “in entrata” e, cioè, allorché l'*iter* procedimentale devia verso un modello riparativo; e “in uscita”, ovvero sia quando, al termine del percorso di *soft justice*, il giudice è chiamato a prendere cognizione degli esiti (positivi o negativi) della riconciliazione.

Un esempio può forse contribuire a chiarire quanto sin qui osservato. Si consideri, in particolare, il principio di confidenzialità.

Esso, come noto, trova origine nell'ambito dei meccanismi riparativi, con il precipuo scopo di garantire alle parti la possibilità di esprimersi, dialogare e confrontarsi in piena libertà: quanto emerso a seguito degli incontri di conciliazione ha natura riservata e, pertanto, non può essere portato a conoscenza di terzi. Così concepito, esso, pur non trovando applicazione nell'ambito del procedimento penale – che, al contrario, è governato dal canone di pubblicità delle udienze, in ossequio a quanto previsto all'art. 101, co. 1 Cost. –, riverbera comunque i suoi effetti nell'ambito della giustizia tradizionale e, specialmente, nella fase *supra* denominata “in uscita”. Difatti, il diritto di ogni cittadino a non nuocere a sé stesso, espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere*, impone al canone di confidenzialità di raffrontarsi costantemente con l'esigenza, marcatamente processuale, di garantire che le attività svolte e le dichiarazioni rese in sede conciliativa non siano utilizzate *contra reum*.

Orbene, avendo quale parametro di riferimento le coordinate teoriche appena descritte – e, in particolare, la tripartizione della quale si è dato conto – è possibile comprendere come lo studio della presunzione di innocenza nell'ambito della giustizia riparativa assuma una certa consistenza non tanto “nel corso” dei programmi di *soft justice*, bensì in quei momenti (“in entrata”

e “in uscita”) nei quali il procedimento penale apre le porte a queste nuove forme di soluzione del conflitto⁴¹.

4. *La presunzione di non colpevolezza nel solco tracciato dalla giustizia riparativa.* Come risaputo, il canone cristallizzato all’art. 27, co. 2 Cost. viene comunemente in rilievo nella duplice – ma unitaria – prospettiva della “regola di giudizio” e della “regola di trattamento”⁴²: si impone, in proposito, un determinato *standard* probatorio fondato sulla formula *in dubio pro reo* e, parallelamente, si nega con fermezza ogni equiparazione *ante iudicatum* tra l’indagato e il colpevole.

Garanzia individuale e soggettivamente orientata, ma, al contempo, presidio ordinamentale diretto a prevenire il rischio di applicazione di una pena nei confronti di un innocente, la compatibilità della regola in esame (e dei suoi corollari: *nemo tenetur se detegere*⁴³) con i meccanismi di giustizia riparativa non può essere certamente definita come una tematica d’avanguardia, essendo da tempo al centro di un dibattito che, nato nell’ambito del rito minorile e del “giudizio di pace”⁴⁴, ha mutuato, almeno in parte, le teorie e le argomen-

⁴¹ Cfr., su questo specifico aspetto, ILLUMINATI, *Procedimento penale di pace: ragionevole durata e garanzie fondamentali*, in *Procedimento penale di pace e principi costituzionali*, a cura di Busetto, Trento, 2009, 40 s., per il quale «quando si parla di giustizia conciliativa ci troviamo, non dico in contrasto, perché non si può parlare di contrasto, ma al di fuori dell’orbita dei principi del giusto processo. Questi, infatti, sono tarati su una situazione completamente differente. [...] Ripeto ancora: non dico che siamo fuori dalla Costituzione, ma che dobbiamo guardare in un’ottica diversa alla giurisdizione conciliativa, quando ci si confronta con i principi del giusto processo»; MENNA, *Mediazione con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 599; ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, e alternative nel processo*, Milano, 2007, 182, secondo cui «la mediazione obbedisce alle regole dello psicodramma, non a quelle del giudizio», cosicché «i principi fondamentali, quali, ad esempio, il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione d’innocenza non irradiano qui i loro effetti».

⁴² In argomento, v., per tutti, ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979; MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell’art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 303 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2009.

⁴³ È risaputo che tale principio, sebbene direttamente correlato al diritto di difesa, trovi giustificazione proprio nella presunzione d’innocenza. Come affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo, infatti, «*the right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention*» (così, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, par. 68).

⁴⁴ Per una panoramica, cfr., per tutti, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., 281-333.

tazioni già spese⁴⁵ per sostenere la legittimità costituzionale di scelte procedurali che rimettono all'accordo delle parti la definizione della causa penale⁴⁶.

Tanto premesso, la rilevanza del canone cristallizzato all'art. 27, co. 2 Cost. nell'ambito del paradigma conciliativo – all'interno della cornice di cui si è dato conto – sembra potersi apprezzare in una duplice visuale.

Sotto il profilo della regola di giudizio, la presunzione di innocenza, legandosi intimamente all'onere della prova, assume consistenza allorquando si vogliono stabilire le conseguenze, sul piano processuale, della partecipazione dell'*offender* ai meccanismi riparativi.

Diversa – ma connessa – è, per contro, la prospettiva sottesa al criterio di trattamento: esso entra in gioco tutte le volte in cui il legislatore, nell'introdurre nuovi istituti di diritto positivo, innerva questi ultimi di una componente ispirata a logiche riparative. Basti pensare, a tale ultimo proposito, alla sospensione del procedimento con messa alla prova o alle condotte riparatorie previste all'art. 162-ter c.p. In entrambe le ipotesi, si pone (e, difatti, si è posta) l'esigenza di stabilire la prevalenza o meno della componente conciliativa rispetto a quella punitiva⁴⁷, con tutte le conseguenze che ne derivano sul versan-

⁴⁵ Per un sunto delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppatasi nell'ambito del patteggiamento, anche alla luce della prospettiva europea, v., per tutti, DELLA TORRE, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio nel patteggiamento*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2018, 61-67.

⁴⁶ Per considerazioni simili, v., già, BONINI, *Limiti sistematici ed opzioni ricostruttive della negozialità nella giustizia penale*, Torino, 2004, 51, ove l'A. mette in luce – dopo aver affermato che «la *restorative justice* rappresent[al] una variante interna della giustizia penale consensuale» – come nell'ambito degli studi dedicati a tale nuovo paradigma «si ripropongano quegli stessi interrogativi che da tempo alimentano il fervente dibattito sui limiti da assegnare alla giustizia negoziata».

⁴⁷ Ritengono che la sospensione con messa alla prova sia un istituto eccentrico rispetto alla struttura e alle finalità della *restorative justice*, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020, 346; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, 47, la quale, pur negando fermamente che «la messa alla prova possa essere ricondotta nell'ambito della *restorative justice*, *stricto sensu* intesa», sostiene che all'interno dell'istituto *de quo* «possano rintracciarsi impulsi ed elementi tali da considerarla esempio di un "paradigma sanzionatorio mite"». Per una differente ricostruzione, v., invece, UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *questa Rivista*, 2015, 2, 3.

Con riguardo all'ipotesi di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p., v., in senso critico rispetto a un'eventuale ascrizione nell'ambito della "giustizia mite", GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.laegislazionepenale.eu, 13 novembre 2017, 13 ss.; MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *questa Rivista web*, 15 febbraio 2018; PERINI, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter cp: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in www.laegislazionepenale.eu, 8 gennaio 2018, 8.

te di un'eventuale sottoposizione dell'imputato a un trattamento sanzionatorio in assenza di un accertamento giudiziale definitivo.

Cercando di muoversi in questa direzione, perciò, l'approccio che si intende adottare in questa sede induce a soffermarsi sulla trattazione di due specifiche questioni.

Occorre chiedersi, anzitutto, se l'accesso ai meccanismi di giustizia riparativa possa presupporre o implicare, anche solo indirettamente, un riconoscimento della propria responsabilità penale per il fatto commesso⁴⁸. In altre parole, ci si deve domandare se l'*offender* sia tenuto a "confessare" la commissione dell'illecito, al fine di poter intraprendere un percorso di dialogo attivo con la vittima.

A tal proposito, è evidente come la rilevanza della risposta che si intenda offrire muti non poco a seconda del momento nel quale il meccanismo di *restorative justice* viene a collocarsi. In fase di espiazione della pena, come intuibile, la presenza di un accertamento definitivo consente agevolmente di superare il vaglio costituzionale con riferimento all'art. 27, co. 2 Cost.⁴⁹, attribuendo valore agli strumenti riparativi *in executivis*⁵⁰. È per tale ragione, del resto, che una parte della dottrina tende a circoscrivere l'impiego della giusti-

⁴⁸ Definisce icasticamente la questione in esame come il «nodo interstiziale tra processo penale e giustizia riparativa», CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1797, nt. 14.

⁴⁹ In questo senso, v. pure BOUCHARD-FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, in www.questionegiustizia.it, 23 novembre 2021, 15 s., per i quali in fase di esecuzione «è escluso il latente conflitto con la presunzione d'innocenza che deve connotare la cognizione»; GALGANI, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di Giostra, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2015, 205 ss.; VICOLI, *La mediazione in fase esecutiva nel sistema italiano: il quadro normativo e le dinamiche applicative*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2021, 2292 s.

⁵⁰ In proposito, v., però, le attente osservazioni critiche avanzate da LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018, 159 s., secondo la quale vi sarebbe «da segnalare un elemento di tendenziale incongruità nel ricorrere alla giustizia riparativa dopo la comminazione della pena nella misura in cui appare un controsenso celebrare un processo, esasperando il conflitto interpersonale, sottostando ai tempi imposti e sostenendo le relative spese, per poi prospettare un esito conciliativo e orientato non alla punizione ma alla riparazione dei danni seguiti all'azione criminosa di cui vengono accertate le responsabilità»; nonché da SCOMPARIN, *Quale giustizia dopo la conclusione del processo?*, in *Leg. pen.*, 2004, 407, la quale mette in guardia dal rischio di «caricare» la sanzione penale, nel corso della fase esecutiva, «di elementi di afflittività ulteriori e discrezionali». Nello stesso senso, v., di recente, BOUCHARD-FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 15 s.

zia di prossimità al solo momento esecutivo, ripudiando, di contro, qualsivoglia “sperimentazione” nello stadio più propriamente di cognizione⁵¹.

Anche laddove si offrisse una risposta negativa al primo quesito (con riguardo ai percorsi realizzati *ante iudicatum*), la strada verso una *restorative justice* costituzionalmente orientata presenterebbe comunque un ulteriore ostacolo, perlomeno sotto il profilo che interessa in questa sede.

E si spiega.

La garanzia di cui all’art. 27, co. 2 Cost., come accennato, implica il divieto di sottoporre l’indagato a qualsivoglia tipologia trattamentale di natura sanzionatoria che lo postuli penalmente responsabile prima che ciò sia stato accertato in sede giudiziaria. Del resto, come ricorda autorevole dottrina, è proprio sotto tale profilo che la presunzione *de qua* si pone a salvaguardia del canone *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*⁵².

In ragione di tale considerazione, pertanto, non appare fuor d’opera domandarsi se e quali spazi vi siano, nell’ambito dei meccanismi di *restorative justice*, per un accertamento cognitivo della responsabilità dell’*offender* e, inoltre, come possa essere qualificato, in termini strettamente penali, il percorso seguito dalle parti, nonché l’esito (proficuo) eventualmente raggiunto. Come si cercherà di mettere in luce, le diverse prospettive adottabili nell’indagare la natura delle *restorative practices* hanno importanti conseguenze sul piano della tenuta costituzionale del paradigma conciliativo, in specie con riguardo alla presunzione di innocenza.

5. *Il riconoscimento dei basic facts quale requisito di accesso ai percorsi di restorative justice ante iudicatum.* La Raccomandazione 2018/8 stabilisce espressamente che il punto di partenza per un percorso di giustizia riparativa dovrebbe essere generalmente identificato nel «riconoscimento ad opera delle parti dei fatti principali della vicenda»⁵³. In termini apparentemente non dissimili si esprime anche la direttiva 2012/29/UE, nella quale è dato leggere, all’art. 12, lett. c), come per l’avvio dei percorsi di conciliazione sia indispensabile che l’autore del reato abbia «riconosciuto i fatti essenziali del caso». Si

⁵¹ Per questa opinione, v., da ultimo, MAZZA, sub *art. 129bis c.p.p.*, cit., 1969 s. Sulla stessa linea di pensiero, nella letteratura straniera, v., ad es., GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Victima y mediación penal*, in *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2008, 455.

⁵² UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I, Torino, 2004, 163.

⁵³ Cfr. la *Raccomandazione 2018/8*, par. 30.

tratta di una formulazione, questa, che riflette quanto già previsto nella Risoluzione ECOSOC 2002/12: «*the victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process*»⁵⁴.

Ad una prima lettura, si potrebbe ritenere che le fonti summenzionate postulino necessariamente un'ammissione di penale responsabilità a opera dell'autore del fatto quale requisito imprescindibile per l'avvio di procedure conciliative. Si tratta, in effetti, di una tesi autorevolmente sostenuta in dottrina, con riguardo alla quale si osserva – pur da differenti ed eterogenee angolature – come l'affermata estraneità dell'indagato ai fatti oggetto di causa⁵⁵ o la mancata ammissione di “colpa” osti a una proficua instaurazione dei procedimenti mediatori, risultando indispensabile, viceversa, una manifestazione di «colpevolezza “virtuale” dell'indagato» e, cioè, che quest'ultimo «ammetta la propria responsabilità di fronte al fatto contestato»⁵⁶. Essa – viene sostenuto – rappresenta il presupposto logico-necessario affinché le parti siano messe nelle condizioni di poter mediare e dialogare tra loro.

⁵⁴ ECOSOC *Resolution 2002/12 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, cit., punto n. 8.

⁵⁵ Cfr. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Milano, 2000, 770, nt. 88, secondo cui «richiedere, per la mediazione oltre al necessario consenso del reo [...] che quest'ultimo non si dichiari estraneo ai fatti è una forma di garanzia sostanziale per il soggetto. In tal modo si escludono dalla mediazione tutti coloro che si dichiarano innocenti»; PATANÈ, *La mediazione*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001, 365, la quale parla espressamente di «un'impossibilità di dar luogo ad attività di mediazione ove il presunto autore del reato negasse ogni addebito». Sul punto, v., altresì, DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 513 s.

⁵⁶ Così, testualmente, MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 266; nonché ID., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di Palazzo-Bartoli, Firenze, 2011, 46. Nella medesima prospettiva, v., seppur con differenti accentuazioni, R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa*, cit., 2; BOUCHARD, *Giustizia riparativa, se la vittima diventa “pietra d'inciampo*, in www.ildubbio.it, 21 settembre 2022; MANNA, *La vittima del reato: «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. I, Milano, 2006, 1014 s.; PATANÈ, *La mediazione*, cit., 365, secondo la quale il presupposto per la praticabilità della negoziazione consisterebbe, «se non proprio [in] un esplicito riconoscimento di responsabilità da parte dell'imputato per lo meno [nell'] ammissione dei fatti posti a base dell'imputazione o, al limite, [nella] mancata contestazione degli stessi»; RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in *La mediazione nel sistema minorile*, a cura di Picotti, Padova, 1998, 194 s.

Questa impostazione, tuttavia, presta il fianco a una critica di non poco momento⁵⁷: imporre all'*offender* un contegno *lato sensu* confessorio risulta incompatibile con la presunzione di innocenza⁵⁸ e con il diritto di difesa tutelato all'art. 24, co. 2 Cost., nella particolare estrinsecazione espressa dal diritto a non autoincriminarsi. È noto, del resto, che «unicamente al termine del processo possono aversi non solo l'individuazione del colpevole e l'irrogazione della pena, ma lo stesso riconoscimento dell'esistenza del reato»⁵⁹.

Sul punto, in realtà, occorre operare una distinzione.

Il timore di una violazione del *privilege against self incrimination* potrebbe essere smorzato, come già accennato, dalla previsione di un meccanismo di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e degli atti compiuti in sede di mediazione. In questo senso, è utile ricordare come la stessa Raccomandazione 2018/8, subito dopo aver lapidariamente affermato la necessità di un riconoscimento dei «fatti» a opera delle parti, precisi che la partecipazione ai percorsi di giustizia riparativa non dovrebbe essere utilizzata come prova dell'ammissione di colpevolezza nei successivi procedimenti penali⁶⁰. Viene

⁵⁷ Si vedano, sul punto, le condivisibili considerazioni di VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, 57, per il quale «la presunzione di innocenza sancita dall'art. 6 Conv. Eur. dir. uomo vale anche all'interno della giustizia riparativa e [...] la partecipazione volontaria al programma riparativo non può valere come ammissione di responsabilità o accertamento della colpevolezza». Cfr. pure CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 5, 95, per la quale la mancata ammissione, pur implicita, di colpevolezza rappresenta, in realtà, un «*escamotage* [che] non risolve tuttavia le antinomie, ma immette piuttosto in un groviglio di ambiguità, sott'intesi, acrobazie interpretative e correlati rischi di effetti pregiudizievoli per chi voglia difendere la sua innocenza nel processo»; e, nella letteratura straniera, SALGADO, *Una Dificultad más en el Camino: la Eventual Afectación de Derechos Fundamentales en la Mediación Celebrada en el Seno del Proceso Penal*, in *Criminología y Justicia*, 2012, 67.

⁵⁸ Esplicitamente, in tal senso, CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 102; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 18; MAZZUCCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti-Spangher, Milano, 2002, 118; e, nella letteratura straniera, BARONA VILLAR, *Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo*, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2009, 107, per la quale «*acudir a mediación no puede signifi car en sí misma un reconocimiento de la culpabilidad o de la comisión de los hechos porque de lo contrario se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia*».

⁵⁹ UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1325.

⁶⁰ In questo senso si esprime, altresì, la Risoluzione ECOSOC 2002/12 che, nella seconda parte del punto n. 8, prevede espressamente che la «*participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*»; nonché la Raccomandazione 1999/19 del Comitato

cristallizzato, in tal modo, uno dei pilastri del rapporto tra *restorative justice* e rito ordinario: il cd. principio di confidenzialità. È fin troppo evidente, infatti, che laddove la documentazione prodotta in sede di mediazione ovvero financo la stessa volontà di prendere parte al processo riconciliatorio fossero equiparati a una dichiarazione confessoria, l'appetibilità dello strumento verrebbe certamente a mancare⁶¹ e il pregiudizio arrecato alla garanzia prevista all'art. 27, co. 2 Cost. sarebbe costituzionalmente insostenibile.

Più complesso appare, invece, contestare l'assunto di autorevole dottrina allorquando viene rilevato che «la manifestazione (esplicita o implicita) di tale convinzione [di colpevolezza] come definitivamente ottenuta dall'organo procedente anteriormente alla conclusione del processo contrasterebbe apertamente con la presunzione di non colpevolezza»⁶². In questa prospettiva, peraltro, non dovrebbero essere trascurati neppure i possibili riflessi *mass-mediated* di un'eventuale ammissione di responsabilità penale (volontariamente manifestata, ma imposta *ex lege* quale requisito di accesso al "sistema penale alternativo"), in seguito rivelatasi non proficua in ragione del fallimento della procedura di mediazione. In tale frangente, la regola di trattamento ricavabile dall'art. 27, co. 2 Cost. rischierebbe di essere svilita nella sua componente *ad extra*⁶³, determinando in tal modo un'inaccettabile compressione di siffatta garanzia costituzionale.

Sennonché, prendendo le mosse da questo inquadramento, la compatibilità dei percorsi di *restorative justice* con la presunzione di innocenza, sotto il profilo qui in esame, potrebbe essere sostenuta provando ad affrontare la questione da un angolo prospettico differente.

Ciò su cui preme focalizzare l'attenzione, più in particolare, è l'esigenza di adottare un approccio esegetico che tenga conto delle peculiarità del settore oggetto di analisi. Nell'ambito della giustizia mite, ciò si sostanzia nella necessità di interpretare le locuzioni e le espressioni *ivi* utilizzate (*rectius*, "ricono-

dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla mediazione in materia penale: al punto n. 14, infatti, si precisa come la «*participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*».

⁶¹ In questi termini, IKPA, *Balancing Restorative Justice Principles and Due Process Rights in Order to Reform the Criminal Justice System*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 2007, 324.

⁶² UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, cit., 1325 s.

⁶³ Sulla quale, v., per tutti, PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 159 ss.

scimento dei fatti”) alla luce della dogmatica propria del settore di riferimento⁶⁴.

Provando ad accogliere questa prospettiva interpretativa, allora, è agevole cogliere come l’essenza, “diversa e altra”⁶⁵, della giustizia conciliativa rispetto al sistema processuale tradizionale imponga di chiedere al reo di assumere una responsabilità non «per il fatto» commesso, ma «verso qualcuno al cui dolore porre rimedio attraverso la riparazione»⁶⁶.

D’altro canto, gli studiosi più accreditati della materia hanno sottolineato come il richiamo al concetto di “responsabilità”⁶⁷ debba essere riferito non tanto a un’ammissione per un qualcosa che è stato compiuto nel passato (si legga, il fatto di reato), bensì a un percorso (che, a sua volta, si fonda su un progetto condiviso⁶⁸) che conduce entrambe le parti del conflitto «a rispondere l’un[a] verso l’altr[a]»⁶⁹. Il concetto di “assunzione di responsabilità”, dunque, sembra assumere una natura bidirezionale (“corresponsabilità”), poiché riguarda tanto la vittima, quanto l’*offender*⁷⁰. Casomai, con specifico riferimento all’incolpato, l’impegno che grava su quest’ultimo si estrinsecherà soltanto nel riconoscimento della «dimensione conflittuale ed offensiva che vivono le par-

⁶⁴ Per tali considerazioni, in una visione di carattere più generale, v. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 513.

⁶⁵ Si veda GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, in Peroni-Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, 107, il quale, pur in una prospettiva di più ampio respiro, sottolinea come «la giustizia riparativa si caratterizza soprattutto per il mutamento del punto di osservazione del fenomeno criminale».

⁶⁶ Così, assai efficacemente, LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 117.

⁶⁷ Dal punto di vista linguistico, è interessante notare come il sostantivo “responsabilità” venga tradotto in maniera differente a seconda del contesto di riferimento. Nell’ambito della giustizia punitiva tradizionale, si ricorre sovente al termine “*liability*” che, com’è noto, richiama il concetto di “vincolo” od “obbligo” imposto dalla legge o dall’equità. Per contro, nel settore della *restorative justice* si è soliti adoperare la distinta espressione “*accountability*” per indicare, viceversa, “un’assunzione” condivisa di responsabilità (o, meglio, «il sapere o il potere “rendere conto” di quello che si fa o si è fatto», così, DONINI, *Responsabilità e pena. Da kant a Nietzsche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1701).

⁶⁸ Sulla natura della giustizia riparativa come «progetto», imprescindibili, sul panorama italiano, sono gli studi del Prof. Luciano Eusebi, tra i quali si richiama, da ultimo, EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 852 ss.

⁶⁹ CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in *La mediazione nel sistema minorile*, cit., 55. Nello stesso senso, v. MANNOZZI-MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 101.

⁷⁰ Del resto, come ricordano MANNOZZI-MANCINI, *La giustizia accogliente*, cit., 99, «non sempre la vittima assume le vesti immacolate di chi è scervo da ogni colpa». Costituisce un’evidente - e infelice - eccezione la direttiva 2012/29/UE che, all’art. 12, co. 1 lett. c), si riferisce esclusivamente all’«imputato».

ti»⁷¹, senza sottendere, con ciò, alcuna ammissione di carattere *lato sensu* penale-confessorio⁷².

L'esegesi che si va proponendo, peraltro, sembrerebbe confermata dalla lettura di quegli studi volti a individuare e circoscrivere l'oggetto dello strumento mediativo.

Nel contesto dei percorsi di giustizia riparativa – com'è stato limpidamente osservato – non è consentito «negoziare il contenuto del precetto» posto dalla norma incriminatrice né, tantomeno, l'esistenza del fatto contestato. Il principio di legalità, infatti, vieta al legislatore di attribuire alla volontà delle parti l'individuazione della fattispecie penale. Se un tanto è vero, l'oggetto della mediazione si riduce, in sostanza, al mero «significato» che le parti intendono attribuire al fatto storico oggetto di causa, non potendo le stesse disquisire la sua qualificazione giuridica⁷³.

In quest'ordine di idee, quindi, è agevole comprendere come l'espressione «riconoscimento dei fatti» non possa che riferirsi esclusivamente, e semplicemente, al «nucleo oggettivo essenziale»⁷⁴ degli accadimenti. Appare, di conseguenza, ingiustificata e priva di fondamento una qualunque connotazione in termini penali delle condotte tenute dall'*offender*.

Sul punto, peraltro, pare solo il caso di notare come le ricerche più recenti e accreditate in materia di «giustizia contrattata» abbiano messo in luce, sul versante processuale, come l'ammissione di penale responsabilità dei fatti non costituisca, in via generale e salvo eccezioni, un requisito imprescindibile per accedere a modelli di tipo negoziale né in sistemi di *civil law*, né in quelli di

⁷¹ Così, con estrema efficacia, BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 27. In termini non dissimili, v. già AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 6 ss.; CERETTI-MAZZUCCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 776.

⁷² Nella prospettiva qui coltivata, è interessante notare la diversità di lessico fatta propria dal legislatore europeo. Nella proposta di Direttiva COM(2011) 275 def., del 18 maggio 2011, l'art. 11 lett. c), prevedeva che «l'indagato, l'imputato o l'autore del reato [dovesse] avere assunto la responsabilità del suo atto»; nella versione approvata dal Parlamento europeo, invece, si parla di «riconoscimento dei fatti». Mette in luce questo aspetto, tra gli altri, BELLUTA, *Il processo penale ai tempi della vittima*, Torino, 2019, 188, nt. 123.

⁷³ Per le due ultime citazioni, v. MANNOZZI, *L'oggetto della mediazione: conflitto, fatto o reato?*, in *Dignitas-percorsi di carcere e di giustizia*, 2005, 7, 64 e 66.

⁷⁴ V., ancora, MANNOZZI, *L'oggetto della mediazione: conflitto, fatto o reato?*, cit., 67. Cfr. anche ID., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di Mannozi, Milano, 2004, 38-43.

*common law*⁷⁵. Se ciò, nell'ottica della garanzia prevista all'art. 27, co. 2 Cost., è senz'altro condivisibile con riguardo alla giustizia consensuale, non può che esserlo, a maggior ragione, in relazione alla *restorative justice*, un paradigma di gestione dei conflitti che, pur dipendente dalla commissione di un reato, prescinde dall'accertamento processuale dello stesso.

Le conclusioni alle quali si è pervenuti, tuttavia, sembrerebbero smentite da quanto emerso all'esito di una recente conferenza dei Ministri della Giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁷⁶.

Per la prima volta in ambito sovranazionale, si è stabilito che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa debba essere subordinato a un preventivo riconoscimento dei «fatti criminali»⁷⁷ da parte dell'autore del reato. Se interpretata in modo letterale, l'inedita – e, a ben vedere, infelice – espressione deve ritenersi in contrasto con la presunzione di innocenza, giacché richiederebbe all'*offender* di rendere una vera e propria dichiarazione confessoria *ante iudicatum*⁷⁸.

Al netto di tale considerazione, però, deve mettersi in evidenza come l'impostazione qui privilegiata sembra essere stata accolta pure dal legislatore italiano.

Dalla lettura del Titolo IV (artt. 41-67) del d.lgs. n. 150/2022 dedicato alla disciplina organica della giustizia riparativa, infatti, non emerge traccia alcuna di locuzioni che richi amino, direttamente o indirettamente, alla necessità di una previa ammissione di colpevolezza da parte dell'*offender*⁷⁹. La scelta legi-

⁷⁵ DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata. Miti, realtà e prospettive*, Milano, 2019, 338 ss. e, in part., 342.

⁷⁶ Il riferimento è alla *Dichiarazione di Venezia sul ruolo della giustizia riparativa in materia penale*, 14 dicembre 2021.

⁷⁷ *Dichiarazione di Venezia*, cit., par. 3.

⁷⁸ Al netto di tale aspetto, però, il documento in oggetto è destinato ad assumere senz'altro una portata significativa. Al punto n. 4 della *Dichiarazione*, ad esempio, si afferma che i meccanismi riparativi debbano essere modulati in modo tale da avere «eguale preoccupazione per le esigenze e gli interessi di tutte le parti coinvolte». Si tratta, all'evidenza, di un inciso di non poco momento, in quanto consente di riaffermare, ancora una volta, che i percorsi di *restorative justice*, pur indubbiamente incentrati sulla valorizzazione del ruolo della vittima, non possono dimenticare i diritti che indefettibilmente devono essere riconosciuti all'indagato-imputato-condannato anche nell'ambito del diverso paradigma punitivo.

⁷⁹ Pur in assenza di un esplicito riferimento nel dettato normativo, autorevole dottrina sembra ritenere, comunque, che l'imputato debba dichiarare la propria responsabilità penale quale prerequisite indefettibile per accedere ai percorsi di *restorative justice* (v. MAZZA, sub art. 129bis c.p.p., cit., 1970).

slativa – ancorché aspramente censurata da taluni commentatori⁸⁰ – è stata giustificata, in linea con quanto sopra osservato, proprio alla luce del fatto che il “riconoscimento della responsabilità” nell’ambito della giustizia mite «è solo un punto di partenza da cui il mediatore inizia un percorso, secondo una logica e un linguaggio che è proprio della dimensione riparativa». Tale dichiarazione di scienza – si è detto –, non può configurarsi come un surrogato dell’accertamento penale, rappresentando, casomai, un mero «riconoscimento della dimensione conflittuale ed offensiva che vivono le parti»⁸¹.

In tal senso, è interessante notare come una scelta simile sia stata adottata anche in altri ordinamenti che, ben prima di quello italiano, sono stati chiamati a confrontati con tale specifica problematica.

La mente corre, ad esempio, al modello spagnolo e, più in particolare, all’*Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* approvato nel 2020. Il complesso apparato riformatore, attualmente in discussione, si propone di introdurre, tra le altre, una «*reglamentación general de la justicia reparadora*», nell’intento di adempiere alle prescrizioni sovranazionali contenute nella Direttiva 2012/29/UE. A tal proposito, preme osservare come il legislatore iberico non abbia espressamente previsto un *reconocimiento de hechos* da parte dell’*offender* quale prerequisito per l’accesso ai percorsi di mediazione penale (artt. 181-185). La scelta, ancorché oggetto di discussione tra i primi commentatori, è stata giustificata, in maniera più che convincente, facendo leva proprio sulla necessità di garantire una compiuta tutela della presunzione di non colpevolezza⁸².

6. *Il contenuto della “giustizia mite”*. Pur ammettendo (come si è cercato di dimostrare) che la semplice partecipazione ai percorsi di *restorative justice* non possa essere equiparata a una dichiarazione confessoria, ulteriori problemi di compatibilità con il canone di cui all’art. 27, co. 2 Cost. sono destinati a emergere nel momento in cui ci si appresti a valutare la natura afflittiva o

⁸⁰ Cfr. BOUCHARD, *Giustizia riparativa, se la vittima diventa “pietra d’inciampo”*, cit.; ID., *L’innesto della giustizia riparativa nel processo: l’avvio e la chiusura dalla prospettiva del giudice*, in www.sistemapenale.it, 24 novembre 2023.

⁸¹ Così, assai efficacemente, GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 18.

⁸² Si vedano, sul punto, le convincenti argomentazioni di MARTÍN RÍOS, *La Justicia Restaurativa en el Anteproyecto de LECRIM de 2020*, in *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, diretto da Jiménez Conde-Fuentes Soriano, Valencia, 2022, 1769 ss., e, in part., 1177 s.

meno dei percorsi riparatori e delle condotte prestazionali realizzate dall'accusato all'esito del programma di "giustizia senza spada".

Per meglio comprendere i termini della questione, occorre muovere dal seguente assunto: nelle procedure di *soft justice* non vi è (e non vi può essere) alcun accertamento in merito alla responsabilità penale dell'*offender*⁸³.

Duplici sono le ragioni a sostegno di tale conclusione.

In primo luogo, va considerato che l'oggetto della giustizia riparativa è più ampio e complesso rispetto a quello della cd. giustizia imposta⁸⁴. Il *thema probandum*, nel primo caso, coincide con il riconoscimento da parte del reo della sofferenza procurata alla persona offesa e con la volontà di porvi successivamente rimedio. In breve: alla giustizia riparativa non interessa tanto la violazione del precetto incardinato nella fattispecie penale, bensì il "risanamento" - attraverso un percorso conciliativo - di quel conflitto che ha incrinato il rapporto sociale reo-vittima/collettività

In secondo luogo, è opportuno rilevare, come si è in parte già osservato, che il concetto di "responsabilità" si modella diversamente a seconda del contesto di riferimento. Nel procedimento penale quest'ultima è «attribuita» a seguito di un giudizio nel quale gli elementi costitutivi del reato sono accertati nel rispetto di regole procedurali predeterminate *ex lege*. Al contrario, nella mediazione - così come nelle altre forme di *relational justice* - la responsabilità è «costruita» dalle parti nelle more di un percorso che conduce a una visione unitaria dell'accadimento, sotto la guida di un esperto facilitatore⁸⁵.

Alla luce di tale premessa, si può comprendere come la natura delle condotte riparatorie *lato sensu* intese incida non poco sulla tenuta costituzionale del «cuore della procedura penale»⁸⁶, con specifico riferimento al brocardo *nulla poena sine iudicio*: in assenza di un accertamento (*iudicio*), la precisa enucleazione dell'altra componente del binomio (*poena*) è destinata a porsi come una questione di primaria importanza.

⁸³ In tal senso, ILLUMINATI, *Procedimento penale di pace*, cit., 42; ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 182; UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit., 4. *Contra*, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., 255 s.

⁸⁴ In questa prospettiva, v. le ampie riflessioni recentemente sviluppate da BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 27.

⁸⁵ Per questa riflessione, v. FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1721 s.

⁸⁶ Icasticamente, riferendosi alla presunzione di innocenza, NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 39.

La tematica, come risaputo, è da tempo controversa e tuttora controvertibile. Assai cara agli studiosi di diritto sostanziale, poiché direttamente connessa con la struttura e le finalità della sanzione criminale⁸⁷, essa assume un particolare rilievo pure sul versante processuale, proprio nella prospettiva qui coltivata.

Due sono gli approcci che potrebbero essere seguiti nello studio della questione.

Da un primo punto di osservazione, la valutazione in termini penali e sanzionatori dei meccanismi di *restorative justice* ovvero delle condotte *post delictum* tenute dall'*offender* (e dalla vittima) all'esito della conciliazione potrebbe essere operata in termini squisitamente teorici e astratti. Il quesito al quale dare risposta potrebbe essere formulato in questi termini: la giustizia riparativa, in quanto modello di giustizia penale, è inquadrabile come un'alternativa alla pena classica o, piuttosto, come una specifica forma di sanzione criminale?

Muovendo, invece, da un differente angolo di visuale, si potrebbe guardare alla problematica in parola alla luce di una valutazione casistica e in concreto. Prescindendo dal dibattito teorico in merito alla natura della *informal justice*, occorrerebbe, cioè, domandarsi se il singolo percorso (e le specifiche prescrizioni) di volta in volta individuate dal legislatore (e/o, dal mediatore?) siano o meno equiparabili – per forma, struttura e finalità – a una “pena” e, in ragione di ciò, farne derivare le opportune conseguenze sul piano della presunzione di innocenza.

Il primo approccio appare senz'altro preferibile, dal momento che la maggior parte delle discipline normative in tema di giustizia riparativa omettono qualunque riferimento al tema in esame. Se ne ha prova volgendo lo sguardo alla legislazione italiana di nuovo conio. Nel regolamentare le possibili forme di «esiti riparativi», l'art. 56 del d.lgs. n. 150/2022 si limita a individuare due differenti tipologie di condotte prestazionali («esito simbolico» ed «esito materiale»), senza nulla aggiungere in merito alla loro natura (riparativa o sanzionatoria).

Ciò detto, è doveroso sottolineare, in via di premessa, come il dibattito relativo alla presenza o meno di una componente afflittiva nell'ambito della *restorative justice* sia tutt'altro che sopito e appaia, anzi, come un profilo di pro-

⁸⁷ Da ultimo, per una *summa*, FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, cit., 6.

fonda divisione anche tra i più autorevoli studiosi della materia⁸⁸. A tal proposito, basti considerare come non risulti ancora consolidata la distinzione tra concetti quali “conciliazione”, “riparazione”, “ricomposizione” e “condotte prestazionali”; locuzioni che, sovente ricondotte nell’alveo di un fenomeno unitario, assumono, invece, significati assai eterogenei e tra loro differenti⁸⁹. Questa incertezza, come risulta chiaro, è destinata a complicare non poco l’individuazione di soluzioni interpretative costituzionalmente compatibili con il cardine processuale previsto all’art. 27, co. 2 Cost.

6.1 *La “giustizia senza spada” quale alternativa alla pena.* Nell’ambito degli studi dedicati alla *relational justice*, un primo (e, apparentemente, dominante) filone di pensiero avalla l’idea di un paradigma riconciliativo che si declina in termini di alternatività alla sanzione criminale: alla diade «reato/pena» – si afferma – viene a sostituirsi la diade «conflitto/riparazione»⁹⁰.

⁸⁸ Per un’efficace panoramica delle diverse opinioni assunte sul tema da accreditati autori, quali Walgrave, London e Duff, v. DALY, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, in *The Handbook of Punishment and Society*, a cura di Simon-Sparks, Londra, 2012, 18-21; nonché, più di recente, GADE, *Is Restorative Justice Punishment?*, in *Conflict Resolution Quarterly*, 8 dicembre 2020, 127 ss.

⁸⁹ Cfr. *supra* nt. 20.

⁹⁰ Testualmente, MANNOZZI-LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 68. Nello stesso senso, v., sul versante sostanziale, R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 106, che, con riferimento agli esiti dei percorsi di *restorative justice* afferma che «essi possono essere i più vari, ma tutti si caratterizzano [...] per l’assenza di una risposta autenticamente punitiva e violenta nei confronti dell’autore»; DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1208, per il quale la mediazione penale «non attiene al sistema delle sanzioni, ma al recupero parallelo di un rapporto tra autore e vittima che il diritto penale, nella sua logica giuridico-coercitiva, ha sempre dimenticato di ricostruire»; EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, cit., 852; MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., 108, la quale, pur rilevando come «la riflessione filosofica e penalistica e l’indagine criminologica non hanno ancora esaurito la questione della natura “ontologica” della sanzione rispetto al significato e alla portata “rivoluzionaria” della mediazione in ambito penale», afferma che «le pratiche di mediazione non sono allora mai riconducibili a dimensioni afflittive, in senso stretto sanzionatorio, caratterizzate dalla coercizione e da modalità spesso degradanti»; PALAZZO, *Sanzione e riparazione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 420; PALIERO, *Relazione*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, cit., 137. Alle medesime conclusioni sembrano giungere, tra i processualisti, PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, cit., 554; PERONI, *Nozioni fondamentali*, in Peroni-Gialuz, *La giustizia penale consensuale*, cit., 5, secondo cui il modello in esame è diretto a privilegiare «nella reazione all’illecito penale, una risposta alternativa alla tradizionale sanzione afflittiva»; SANNA, *Aperture e ostacoli al modello di restorative justice: la spinta propulsiva della Corte costituzionale, in Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euro-regionali*, a cura di Della Bontà-Mattevi, Trento, 2020, 71 che, sul punto, parla espressamente di «con-

È interessante notare, preliminarmente, come tale impostazione risulti accolta sia da coloro che sostengono una visione del rapporto (dal punto di vista funzionale e dinamico) tra il sistema penale tradizionale e la giustizia riparativa improntato alla cd. complementarietà⁹¹, che di quanti, al contrario, sembrerebbero prediligere un approccio in termini di alternatività⁹².

Al netto di ciò, è evidente come la lettura esegetica in esame consideri tanto il percorso offerto dalla giustizia mite, quanto le condotte reattive “costruite” e “modellate” dalle parti nell’ambito dello stesso, come un qualcosa di diverso rispetto al concetto tradizionale di pena, fondato, viceversa, sulla coercizione e sull’inflizione di una sofferenza quale risposta necessaria alla violazione della fattispecie incriminatrice⁹³.

Adottando questo approccio, la giustizia riparativa non sembra prospettare problemi di compatibilità costituzionale con la presunzione di innocenza, perlomeno nella declinazione in termini di assoluta necessità di un accertamento penale ai fini dell’imposizione di un trattamento sanzionatorio⁹⁴. In effetti, muovendosi in una prospettiva non punitiva finalizzata alla riconciliazione personale e sociale tra i soggetti coinvolti nel conflitto, una giustizia concepita in questi termini si discosta non poco dal concetto di “punizione criminale”;

dotte sfuggenti alla matrice sanzionatoria e in esclusiva orientate alla riparazione del danno cagionato dall’illecito». Nella letteratura straniera, v., in questa prospettiva, BRAITHWAITE, *Setting Standards for Restorative Justice*, in *British Journal of Criminology*, 2002, 563 ss.; WALGRAVE, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008, 52.

⁹¹ V. *supra*, nt. 35.

⁹² È questa l’impostazione che pare essere adottata da FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, cit., 14: «la mediazione e gli strumenti riparatori utilizzati nell’ambito della *restorative Justice* non mi sembra che siano da considerare forme sia pure inedite di punizione (piuttosto, mezzi di intervento diversi dalla punizione anche quando le tecniche della giustizia riparativa vengano di fatto utilizzate non in via del tutto autonoma – così come pretenderebbe una giustizia riparativa ideologicamente ‘pura’ –, bensì secondo una logica integrativa rispetto a un procedimento penale o alla fase esecutiva della pena, anche carceraria». Cfr. pure ID., *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, cit., 115.

⁹³ Per questa classica definizione, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 745 ss.; NUVOLONE, voce *Pena* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 787 ss.

⁹⁴ Si tratta, peraltro, dello stesso percorso esegetico seguito da una parte della dottrina nell’ambito del dibattito sorto in tema di messa alla prova per gli adulti. È interessante notare, infatti, come gli A. che hanno volutamente esasperato la componente ri-conciliatoria della disciplina prevista agli art. 468-*bis* ss. c.p.p., ne abbiano in seguito affermato la compatibilità con la presunzione d’innocenza proprio in ragione del fatto che «lo strumentario della messa alla prova [...] collocandosi totalmente al di fuori delle logiche retributive della pena [...] mut[a] quindi natura al primo termine del brocardo *nulla poena sine iudicio*» (così, CESARI, voce *Sospensione processuale e messa alla prova*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Milano, 2016, 1013).

ciò, com'è evidente, si riflette direttamente sul binomio *poena-iudicio*: l'assenza del primo elemento, rende irrilevante il secondo⁹⁵.

Unico nervo scoperto, sotto il profilo del canone cristallizzato all'art. 27, co. 2 Cost. - nella lettura congiunta con l'art. 24, co. 2 Cost. (*nemo tenetur se detegere*) -, sarebbe quello relativo alla sorte degli atti e delle dichiarazioni rese nell'ambito di un percorso di *restorative justice* rivelatosi in seguito fallimentare. Lo si è osservato: il procedimento penale, in siffatte evenienze, è destinato a riprendere il suo corso fisiologico, con il rischio che il materiale raccolto dal mediatore giunga a conoscenza del giudice chiamato, in seguito, a esprimersi sulla responsabilità penale dell'accusato.

Ebbene, la tutela del diritto di difesa, in questa circostanza, non può che passare, come già osservato, da una specifica previsione di inutilizzabilità della documentazione assunta in fase di mediazione. Dovrebbe trattarsi, peraltro, di una forma di invalidità da interpretarsi sempre e comunque con particolare cautela e rigore, in modo da evitare aggiramenti surrettizi del divieto probatorio, ad esempio attraverso la dinamica della testimonianza indiretta⁹⁶.

Una soluzione che si modelli nei termini sopra descritti, per quanto a prima vista possa apparire scontata, assume una consistenza assai significativa, specialmente qualora ci si soffermi, *incidenter*, sulla normativa adottata da alcuni ordinamenti stranieri.

Preme notare, infatti, come una previsione di questo tipo - ancorché, lo si è detto, essenziale ai fini della compatibilità costituzionale delle *restorative practices* - non sia stata esplicitamente introdotta in quei paesi che, da sempre, si sono mostrati più sensibili al tema della giustizia di prossimità. Basti considerare, in via esemplificativa, l'istituto della cd. archiviazione mediativa introdotto nell'ordinamento processuale francese. La disciplina di questo inedito meccanismo di *diversion*, cui può seguire una pronuncia liberatoria, non prevede alcuna ipotesi esplicita di inutilizzabilità della documentazione raccolta in sede di conciliazione; sicché, in assenza di una sanzione *ad hoc*, la giuri-

⁹⁵ Si vedano, in proposito, le considerazioni di BONINI, *Limiti sistematici ed opzioni ricostruttive della negozialità nella giustizia penale*, cit., 51, la quale, nell'introdurre l'efficace distinzione tra «meccanismi conciliativi che determinano il venir meno di qualsiasi pretesa punitiva [...] rispetto agli istituti cui, invece, fa seguito un intervento variamente sanzionatorio», sottolinea come «nella prima ipotesi, a ben vedere, l'elisione di qualsiasi risposta punitiva rende superabile ogni problematica in ordine alla verifica di compatibilità con le garanzie costituzionali».

⁹⁶ Su questo specifico aspetto, v. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 93.

sprudenza d'oltralpe ha ritenuto legittima una trasmigrazione indiscriminata nel procedimento penale delle informazioni giunte a conoscenza del mediatore nel corso della sua attività⁹⁷.

6.2 ... o quale forma alternativa di pena? Le conclusioni alle quali si è pervenuti sembrerebbero destinate a mutare qualora si intenda attribuire ai percorsi o agli esiti di “giustizia senza spada” una qualche carica ontologicamente afflittiva.

A prima vista, occorre esserne consapevoli, un'affermazione formulata in questi termini potrebbe apparire alquanto contraddittoria. La giustizia riparativa, in effetti, nasce proprio con l'obiettivo di plasmare un processo in cui tutte le parti coinvolte si riuniscono per affrontare congiuntamente le ragioni e le conseguenze del reato, nella precipua ottica di offrire una soluzione alternativa alla controversia penale che non miri a punire l'offensore, bensì a risanare l'equilibrio interpersonale e sociale turbato⁹⁸.

Sennonché, una cospicua parte degli studiosi⁹⁹, anche italiani¹⁰⁰, sembra muovere dal presupposto che gli strumenti di *restorative justice* siano modellati

⁹⁷ V., *amplius*, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 34, alla quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

Al contrario, una specifica ipotesi di inutilizzabilità è stata prevista per l'istituto della cd. *justice restaurative*. L'art. 10-1 del codice di rito criminale francese, infatti, stabilisce che quanto detto dalle parti nell'ambito di un percorso di giustizia riparativa deve ritenersi «*confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République*». Da questo punto di vista, pertanto, deve essere apprezzata la scelta del legislatore delegato italiano (d.lgs. n. 150/2022) di stabilire, da un lato, il dovere di riservatezza dei facilitatori e del personale dei Centri di giustizia riparativa rispetto a quanto conosciuto nell'espletamento delle proprie funzioni (art. 50); e, dall'altro, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma di *restorative justice* (art. 51).

⁹⁸ Si riprende la nota definizione offerta da MARSHALL, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1994, 37.

⁹⁹ Si vedano, ad es., ASHWORTH, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, in *British Journal of Criminology*, 2002, 591; CUNNEEN-GOLDSON, *Restorative Justice? A Critical Analysis*, in *Youth, Crime and Justice*, a cura di Goldson-Muncie, Londra, 2015, 13, secondo i quali la *restorative justice* «*is framed not as “an escape from proper punishment” but rather as a form of punishment*»; DALY, *Revisiting the Relationship Between Retributive and Restorative Justice*, in *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, a cura di Stran-Braithwaite, Aldershot, 2000, 41, per il quale «*punishment [...] should form part of what occurs in a restorative justice process*»; DUFF, *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, a cura di Von Hirsch-Roberts-Bottoms-Roach-Schiff, Oxford, 2003, 53, ove l'A. sottolinea come «*we should recognize criminal mediation and reparation as punitive, indeed as a paradigm of retributive punishment*»; JOHNSTONE, *Restor-*

individuando condotte *post delictum* che, pur astrattamente idonee a riappacificare i “protagonisti dell’illecito”, presentano comunque un carattere ontologicamente afflittivo. Deve osservarsi, invero, come si tratti di tesi assai eterogenee, non riconducibili, dunque, a un’unica visione del fenomeno; le differenti prospettive adottate dagli interpreti quale presupposto dell’analisi, infatti, sono destinate a riflettersi sulle argomentazioni sostenute e, di conseguenza, sulle soluzioni adottate.

In linea generale, viene sostenuto (anche al fine di screditare l’idea che il paradigma *de quo* possa essere assimilato a una forma di degiurisdizionalizzazione e privatizzazione del diritto penale) che il percorso di giustizia riparativa, sebbene «non miri direttamente ad infliggere una sofferenza» contempli comunque «elementi di sofferenza, quali la necessità di doversi confrontare con la vittima, di doverne ascoltare i traumi e le aspettative riparative»¹⁰¹. Ciò emergerebbe, in specie, qualora si ponga mente al fatto che la via di risoluzione del conflitto intrapresa dalle parti non è «immune da obblighi, rinunce

ative Justice: Ideas, Values, Debates, Routledge, Londra, 2011, 91, il quale afferma che la «*restorative justice [...] might be more accurately presented as an alternative form of punishment, rather than an alternative to punishment*»; ID., *Restorative Justice: an Alternative to Punishment or an Alternative from Punishment?*, in *Principled Sentencing. Readings on the Theory and Policy*, a cura di Von Hirsch-Ashworth-Roberts, Oxford, 2009, 208 ss.

¹⁰⁰ Parrebbero collocarsi in questa prospettiva, tra gli altri, PARISI, *I confini della Restorative justice nella più recente normativa europea a tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim-center justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, a cura di Cortesi-La Rosa-Parlato-Selvaggi, Milano, 2015, 123 ss.; PULITANÒ, *In dialogo con “Luciano Eusebi. La Chiesa e il problema della pena, Milano 2014”*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 aprile 2016, 9.

¹⁰¹ Così, PARISI, *I confini della Restorative justice*, cit., 135, il quale specifica come «questo tipo di sofferenza, questa forma di gravosità, costituiscono parte integrante e non un mero effetto collaterale del processo riparativo». Tale impostazione, a ben vedere, sembra sposarsi con quanto già sostenuto dallo stesso A. in un precedente scritto, ove è stata messa in luce «una certa insoddisfazione per la sterilizzazione emotiva e la razionalizzazione istituzionale del sistema penale» quale punto di partenza per un nuovo modello di *restorative justice* indirizzato verso una «svolta emozionale, o di riemozionizzazione della legge» (ID., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012, 2 e 10). Per una differente ricostruzione di questo specifico aspetto, v., invece, WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Devon, 2008, 65, per il quale sebbene l’obbligo di riparazione «*is mostly painful for the offender*», esso deve essere valutato quale mera conseguenza collaterale dei percorsi di *restorative justice*: «*the crucial distinction is the intentionality. Whereas punishment is an intentional infliction of pain, reparation is an action to undo harm, which may, however, be painful*».

e, in ultima analisi, da vere e proprie forme di retribuzione compensativa per il reato commesso»¹⁰².

Con riferimento a quest'ultima affermazione, occorre sin da subito chiarire – al fine di evitare possibili equivoci interpretativi – che l'elemento sanzionatorio individuato da tali studiosi non è in alcun modo identificabile nella componente risarcitoria-restitutoria. Nel contesto della giustizia di prossimità, del resto, costituisce un dato ormai acquisito la rilevanza di un eventuale risarcimento del danno non tanto come «finalità ulteriore della pretesa punitiva, ma come suo surrogato interno»¹⁰³. Le logiche autenticamente conciliative, infatti, impongono di concepire la controprestazione di natura economica eseguita dall'autore del reato a favore della vittima semplicemente come uno dei numerosi aspetti della riparazione *latu sensu* intesa.

Al contrario, il filone in esame sembra ricondurre il carattere afflittivo della “giustizia senza spada” anche (e specialmente) alla presenza di vere e proprie «*emotional forms of suffering*»¹⁰⁴ che, in quanto tali, costituirebbero un elemento imprescindibile del processo riparativo. In questa specifica prospettiva, dunque, la *soft justice* verrebbe a declinarsi non tanto come un'alternativa alla punizione, bensì quale forma inedita e specifica di “pena”.

¹⁰² Testualmente, ancora, PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 27. In termini non dissimili, v. pure VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 309, il quale mette in evidenza come «nonostante l'incompatibilità della logica retributiva con la riparazione, deve ammettersi che anche quest'ultima rispetta in via generale i requisiti della retribuzione». In una prospettiva in parte diversa, v., invece, MENNA, *Mediazione con gli offesi*, cit., 589 s., il quale, pur riconoscendo la possibilità che si addivenga a «forme di compressione della libertà personale in sede di riparazione», iscrive queste ultime «non nella dimensione della afflizione simile alla pena irrogata dallo Stato, bensì in una prospettiva nuova in cui gli eventuali elementi afflittivi e sanzionatori – tipici del momento più squisitamente riparativo – si combinerebbero indissolubilmente con situazioni di vantaggio per il supposto accusato». Per una visione ancora differente del fenomeno, v. PATANÈ, *La tutela della vittima nel procedimento di mediazione*, in *Giur. it.*, 2001, 488.

¹⁰³ Così, PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, cit., 549 s.

¹⁰⁴ In questi termini, DALY, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, cit., 26. Ad una simile impostazione, tuttavia, si potrebbe forse replicare osservando come la sofferenza che caratterizza l'incedere riparativo non rilevi esclusivamente nei confronti dell'*offender*, ma anche (e, talvolta, soprattutto) con riguardo alla vittima. Sul punto, peraltro, è interessante notare come recenti studi abbiano messo in evidenza che in ordinamenti – quali, ad esempio, quello austriaco – ove «prevalgono misure individualizzate, che implicano un percorso di rieducazione dell'autore e un confronto con i bisogni della vittima, la questione della natura giuridica [penale o meno] delle prescrizioni non è nemmeno argomento di trattazione nei principali manuali e commentari» (così, SUMMERER, “*Diversion*” e *giustizia riparativa. Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 174).

Un'impostazione di questo tipo, peraltro, consentirebbe, *prima facie*, di risolvere le problematiche legate a un'asserita *deminutio* di garanzie, tanto sul piano sostanziale, quanto processuale. In effetti, l'idea di una giustizia riparativa assimilata a un qualcosa di "diverso e altro" dalla sanzione criminale - è stato osservato - potrebbe aprire la strada all'inoculazione di un vero e proprio *trojan* nel sistema penale¹⁰⁵ che, con la promessa di elidere il rapporto tra la condotta illecita e la conseguenza sanzionatoria, finirebbe per sopprimere le tutele che il diritto punitivo post-illuminista è riuscito, con fatica, a garantire a tutti gli individui.

Alla luce di quanto osservato, non è possibile esimersi dal mettere in luce, in via preliminare, una certa affinità tra le letture esegetiche appena ricordate e quanto sostenuto da illustre dottrina in merito al concetto di "irrinunciabilità logica" della sanzione penale¹⁰⁶.

Pare, infatti, che la ricerca di una componente afflittiva "ad ogni costo" (senza, con ciò, voler dare un giudizio di valore a una simile operazione ermeneutica) sia riconducibile all'idea per cui «finché rimangono i presupposti di un diritto penale fondato su di un principio di responsabilità individuale» non potrà che parlarsi esclusivamente di «diverse forme di penalità», mai di alternative alla sanzione criminale. Com'è stato affermato, infatti, «la pena può scomparire come categoria logica solo in ordinamenti che rifiutino la validità di qualsiasi comando o da ordinamenti che riposino esclusivamente sull'ipotesi della necessità causale universale di ogni comportamento umano, sopprimendo ogni istanza valutativa»¹⁰⁷.

A prescindere dalla condivisibilità delle tesi in discussione, occorre mettere in luce la distinzione che intercorre tra le suddette impostazioni dogmatiche - per le quali la condotta susseguente al reato, ancorché caratterizzata da una componente afflittiva, è eseguita volontariamente dall'*offender* - e quei differenti costrutti teorici (pur sempre debitori alla *restorative justice*) meglio co-

¹⁰⁵ Così si è espresso, nel criticare l'idea di una netta distinzione tra il concetto di "giustizia riparativa" e quello di "pena", il Prof. Bartolomeo Romano nel corso di un recente intervento organizzato dalla Camera penale di Palermo, il 13 novembre 2021, dal titolo «*Il volto conciliante della giustizia riparativa. Nuovi orizzonti valoriali e risvolti di natura costituzionale*», reperibile al sito www.radioradicale.it.

¹⁰⁶ NUVOLONE, voce *Pena* (dir. pen.), cit., 789, ove l'A. invita a «distinguere la pena come categoria "logica" dalla pena come categoria "storica"».

¹⁰⁷ Per le ultime citazioni, v. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Varese, 1977, 4 e 11.

nosciuti come “delitto riparato”¹⁰⁸ e “pena prescrittiva”¹⁰⁹. Tali modelli, sebbene connotati dalla presenza di una condotta attiva tenuta dal reo (“pena agitata”), sono comunque il frutto di un’imposizione giudiziale e, pertanto, sembrano esaurirsi «in un *post-factum* riparatorio», rinunciando, tuttavia, «all’ambizioso ma essenziale compito [proprio della giustizia riparativa] del confronto con il conflitto interpersonale sottostante alla vicenda processuale»¹¹⁰.

Ciò chiarito, è evidente come l’adesione alle tesi sopra richiamate sia destinata a porre non pochi problemi di compatibilità con la presunzione di innocenza. In assenza di un accertamento giudiziale sulla colpevolezza, il supposto reo sarebbe tenuto, pur spontaneamente, a realizzare condotte “attive”, ma connotate, come si è detto, da un certo grado di afflittività, in evidente contrasto con il principio in base al quale la punizione è intimamente dipendente dalla dimensione processuale dell’accertamento.

La questione in parola risulta particolarmente delicata in ragione del fatto che l’applicazione di strumenti di giustizia di prossimità *ante iudicatum* è pressoché cristallizzata – come emerge chiaramente volgendo lo sguardo alle previsioni normative adottate nella maggior parte degli ordinamenti stranieri¹¹¹ – in chiave di *diversion* e, in specie, quale forma di archiviazione conciliativa¹¹². Pure con riguardo al sistema processuale italiano, non sfuggirà, del resto, co-

¹⁰⁸ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1162 ss.

¹⁰⁹ DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, 52 e 57, il quale individua espressamente quale obiettivo della propria proposta la valorizzazione della «condotta reintegratoria, come contenuto prescrittivo (e dunque non-consensuale) della risposta al reato»; EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *www.discrimen.it*, 31 marzo 2021, 2, che ipotizza l’individuazione di un’ulteriore tipologia di sanzione penale principale (la cd. pena prescrittiva) da affiancare alla pena pecuniaria ed alla reclusione.

¹¹⁰ Testualmente, sebbene con riferimento al contesto del giudizio di pace, BONINI, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent’anni?*, in *Cass. Pen.*, 2021, 1854. Particolarmente calzante, in questo contesto, è quanto affermato da REIMUND, *The Law and Restorative Justice: Friend or Foe? A Systemic Look at the Legal Issues in Restorative Justice*, in *Drake Law Review*, 2005, 691, per la quale «*practices stripped of personal commitment become “fast food” restorative practices, ornamenting a [traditional punitive] system that essentially remains unchanged*».

¹¹¹ Per una recente panoramica, cfr. DI PAOLO, *Esperienze oltre confine*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, p. 32 ss.

¹¹² Nel sistema austriaco, ad esempio, il § 204 StPO prevede espressamente la mediazione nell’ambito delle misure alternative all’*iter* procedimentale. In senso analogo, nell’ordinamento tedesco, il § 153a del StPO delinea una procedura di *diversion* fondata sulla mediazione reo-vittima, al pari di quanto avviene in Francia (art. 41-1 c.p.p.) e in Belgio (art. 216-ter c.p.p.).

me gli studi più accreditati in argomento¹¹³ avessero già ipotizzato, ad inizio millennio, di ricorrere all'istituto dell'archiviazione condizionata quale modello teorico per implementare meccanismi virtuosi di mediazione in fase pre-procedimentale. L'idea, recentemente riaffiorata nell'elaborazione dottrinale¹¹⁴ a seguito delle linee generali d'intervento elaborate dalla Commissione Lattanzi¹¹⁵, non è stata recepita a livello normativo. Ciò nondimeno, l'attuale disciplina organica della giustizia riparativa, sebbene non preveda tale meccanismo – stante, ad avviso di alcuni autori, l'assenza di un'adeguata preparazione e «professionalità sia degli avvocati che dei magistrati»¹¹⁶ – ha comunque stabilito un effetto estintivo nel caso di reati procedibili a querela (artt. 129-*bis* c.p.p. e 152, comma 2, c.p.).

In questo contesto, la scelta di attribuire carattere *stricto sensu* penale agli strumenti di *soft justice* richiama alla mente il dibattito dottrinale sorto in merito all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. In quella sede, come noto, l'indagato accetta di sottoporsi a un programma di trattamento che, secondo l'opinione dominante, assume i connotati di una sanzione penale vera e propria, applicata quale *prius* logico e temporale rispetto all'accertamento della responsabilità penale¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2001, 99 ss.; MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Crit. dir.*, 2004, 347; QUATTROCOLO, *Strumenti processuali concreti e apparenti per la riduzione del conflitto generato dal reato*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, cit., 89 ss.

¹¹⁴ L'*input* si deve a GIALUZ, *L'"archiviazione meritata" come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 309 ss. Spunti in tal senso si rinvencono anche in SANNA-CANONE, *L'archiviazione "meritata" nella riforma processuale in itinere. Un confronto con l'ordinamento francese*, in *www.discrimen.it*, 26 luglio 2021.

¹¹⁵ COMMISSIONE LATTANZI, *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021, 21-25. Anche secondo GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit., 335, «la via maestra per attuare, nell'ambito della fase delle indagini preliminari», l'art. 1, co. 18 della legge delega in tema di *restorative justice* è «proprio quella di dar vita a una forma di archiviazione meritata, fondata sulla buona riuscita di un programma di giustizia riparativa con la vittima di reato».

¹¹⁶ CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *www.sistemapenale.it*, 25 agosto 2021.

¹¹⁷ Per questa opinione, v., tra i molti, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 340 ss.; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 256. *Contra*, UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit., 1 ss. È nota, sul punto, la posizione recentemente assunta dalla Corte costituzionale che, facendo leva sulla volontarietà del contegno dell'imputato, ha ritenuto che il trattamento programmato in sede di messa alla prova non rappresenti

Mutuando il dibattito sorto in quella sede, si potrebbe ipotizzare di intraprendere la “via del consenso” per legittimare una lettura costituzionalmente conforme della garanzia prevista all’art. 27, co. 2 Cost: la manifestazione di volontà espressa in modo inequivoco dall’*offender* - e dalla vittima -, implicando una rinuncia al contraddittorio quale metodo dialettico di formazione della prova (art. 111, co. 5 Cost.), consentirebbe di derogare alla presunzione costituzionale.

Senonché, il cammino che attende l’interprete su questo tracciato è tutt’altro che privo di ostacoli. Viene in gioco, come intuibile, la delicata questione circa la natura disponibile o meno della presunzione di innocenza¹¹⁸. In effetti, laddove si intenda collocare quest’ultima non solo tra le garanzie individuali, ma anche ordinamentali, la manifestazione di un consenso, per quanto libero e informato, non potrebbe esplicare alcun effetto¹¹⁹. Nel caso che ci occupa, peraltro, il disposto dell’art. 27 Cost. verrebbe in rilievo non tanto nella sua prospettiva di alleggerimento del *quantum* probatorio imposto dal canone dell’al di là di ogni ragionevole dubbio, bensì nella specifica - e, forse, più complessa - manifestazione della disponibilità dell’accertamento penal-processuale; un accertamento che, come già osservato, è assente nei processi di *restorative justice*.

una sanzione penale, come tale «eseguibile coattivamente», bensì dia «luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso» (così, Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91).

¹¹⁸ Nel primo senso, v., *in primis*, FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in Ferrua, *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, 24 ss. Concordi pure PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 303; MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 956. In una differente prospettiva, v., invece, BONINI, *Limiti sistematici ed opzioni ricostruttive della negoziabilità nella giustizia penale*, cit., *passim*; FANCHIOTTI, *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi «modelli»*, in *Cass. Pen.*, 1992, 727; MAZZA, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 55 ss.; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell’imputato adulto*, cit., 258. Giustifica l’indisponibilità della garanzia *de qua* valorizzando il dettato letterale della direttiva 2016/343/UE, DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata*, cit., 549.

¹¹⁹ Si vedano le autorevoli considerazioni di MAZZA, *La presunzione d’innocenza messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2019, 8, per il quale «se nessuno può essere ritenuto colpevole fino alla condanna definitiva, nessuno potrà essere, a maggior ragione, punito, né in funzione del consenso prestato né con pene alternative alla detenzione (*nulla poena sine iudicio*)». Sullo stretto legame di interdipendenza tra la natura oggettiva di una garanzia processuale e la sua disponibilità in capo alle parti, v., da ultimo, SANNA, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, Milano, 2018, 11-16.

Preso atto di ciò, deve ricordarsi, tuttavia, come una parte dei commentatori – nel campo degli studi dedicati alla messa alla prova –, facendo propria la tesi avanzata da autorevole dottrina nell’ambito del patteggiamento¹²⁰, abbia qualificato l’accertamento penale alla stregua di un valore ordinamentale disponibile, sul presupposto che il consenso del prevenuto sia idoneo a svincolare l’irrogazione della pena dalla funzione cognitiva del processo¹²¹.

Prendendo a prestito tale esegesi, si potrebbe forse sostenere che, nonostante il carattere afflittivo delle prescrizioni riparatorie-conciliatorie, il consenso dell’interessato sia idoneo a sanare la violazione della regola espressa dal brocardo *nulla poena sine iudicio*.

Occorre considerare, tuttavia, come una simile impostazione presti il fianco a una critica fin troppo evidente: l’art. 111, co. 5 Cost. consente di derogare al contraddittorio quale metodo di formazione della prova – ovverosia quale tecnica epistemica dell’accertamento –, ma non autorizza, al contrario, un’abdicazione complessiva della funzione cognitiva del processo, come sembra prospettarsi nei percorsi di giustizia riparativa “punitivi”¹²². D’altro canto, l’idea per cui l’accertamento penale, a fronte di una prescrizione avente carattere afflittivo, possa essere del tutto estromesso, risulterebbe in contrasto con il principio di legalità e con la regola aurea secondo la quale «la colpevolezza dell’imputato è sottratta alla disponibilità del suo portatore»¹²³.

¹²⁰ FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, cit., 24 ss.

¹²¹ MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017, 146 s., per la quale «se non è indubbio che il principio di subordinazione dell’irrogazione di una pena all’accertamento di responsabilità è coesistente al sistema, non vi sono però ragioni per ritenere che non possa incontrare un limite nel consenso dell’interessato».

¹²² Si veda FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2007, 148. Cfr., altresì, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2020, 504, secondo cui «il fatto che la Costituzione consente di “allentare” il legame tra pena e prova della colpevolezza sta a significare soltanto che un accertamento incompleto non risulta costituzionalmente illegittimo ma non significa né può significare che sia consentita una condanna senza accertamento di responsabilità»; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 288, per il quale «se il contraddittorio quale tecnica epistemica è un lusso che non sempre ci si può permettere [...] la presunzione di non colpevolezza resta comunque a sancire alcuni punti fermi: nessuna pena senza un previo, anche minimo accertamento di responsabilità».

¹²³ Testualmente, DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2004, 59 s., la quale soggiunge come neppure «l’eventuale riconoscimento della propria responsabilità da parte dell’imputato, infatti, non determina la superfluità dell’accertamento giudiziario, né giustifica la spontanea sottoposizione alla pena». Nello stesso senso, v. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 223 s.; e, esplicitamente, MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 367, nt. 50, per il quale il brocardo *nulla poena sine iudicio* si pone «non soltanto come autolimita della funzione punitiva dello

Se un tanto è vero, deve concludersi nel senso che la qualifica in termini sanzionatori dei meccanismi di *restorative justice* sia inesorabilmente desinata a confliggere con la presunzione di innocenza.

Una conclusione di questo tipo (che, per certi versi, appare forse obbligata?¹²⁴) non sembra comunque tener conto a sufficienza di un elemento che, a ben riflettere, contribuisce a distinguere non poco il paradigma consensuale-riparativo dal modello punitivo-retributivo. Si allude, nella prospettiva qui coltivata, alla diversa funzione assunta dal consenso nei riti negoziali e nella giustizia mite¹²⁵.

Nei giudizi alternativi, è noto, l'imputato decide spontaneamente e consapevolmente di rinunciare a talune garanzie fondamentali del *fair trial* (con conseguente alleggerimento del carico giudiziario, contribuendo così alla tenuta del "sistema processo"), avendo quale corrispettivo una riduzione del *quantum* sanzionatorio ovvero una declaratoria di estinzione del reato. Il consenso, in queste ipotesi, produce, nella sostanza, un effetto sanante (o, meglio, surrogatorio) rispetto a un'operatività piena della presunzione di non colpevolezza.

Da un angolo prospettico differente, invece, dev'essere letto il contegno volontario manifestato dell'*offender* nei percorsi di *restorative justice*: non si è al

Stato, ma anche come limite alla volontà del privato, al quale è preclusa ogni facoltà di assoggettarsi volontariamente alla pena». In realtà, va dato conto del fatto che una parte della dottrina ha assunto una posizione improntata ad «una certa disponibilità della tutela sottesa» alla regola *nulla poena sine iudicio* in quelle ipotesi nelle quali l'imputato «debba essere punito con sanzioni non incidenti direttamente sulla libertà personale» (così, MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di Giostra-Insolera, Milano, 1998, 87).

¹²⁴ È questa la posizione autorevolmente sostenuta, pur senza operare alcun riferimento alla natura sanzionatoria dei percorsi di RJ, da MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *questa Rivista web*, 22 luglio 2022, 25 secondo cui «la giustizia ripartiva, in tutte le sue forme, è ontologicamente incompatibile con il rispetto della presunzione d'innocenza». Sembra concordare con questa visione anche CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, cit., 95. Scettica sulla reale operatività della garanzia di cui all'art. 27, co. 2 Cost. nell'ambito della *restorative justice* si mostrava, ben prima dell'approvazione della riforma Cartabia, pure L. BARTOLI, *Giustizia senza potere?*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Milano, 2017, 240. *Contra*, di recente, BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in www.questionegiustizia.it, 10 ottobre 2022.

¹²⁵ In argomento, v. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 421-427; nonché, quanto rilevato da MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Ennio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, vol. II, Milano, 2018, 618.

cospetto, in quest'ultimo caso, di una logica squisitamente mercantile. Il “baratto”¹²⁶ che caratterizza i riti negoziali, infatti, è (o, perlomeno, dovrebbe essere) del tutto assente nell'ambito della giustizia conciliativa, trattandosi di un modello processuale che, se correttamente inteso, esclude un rapporto diretto con finalità meramente deflattive o premiali¹²⁷.

Se così stanno le cose, ben si comprende la differenza strutturale che il consenso assume nell'ambito della giustizia riparativa rispetto ai modelli tradizionali di giustizia concordataria: è solo nel primo caso, infatti, che il contegno volontario dell'accusato può essere declinato come un «segnale di adesione a un “processo di pacificazione” tra offeso e offensore»¹²⁸.

Questo è il punto.

La giustizia di prossimità non richiede all'*offender* una manifestazione di volontà per controbilanciare una *deminutio* di garanzie, quale la deroga all'accertamento processuale del fatto o alla presunzione di innocenza. Tutt'altro: proprio il consenso, «“regola oro”» dei meccanismi conciliativi, consente «di scongiurare possibili attriti con i principi fondamentali del processo penale»¹²⁹, giacché esprime la consapevolezza delle parti di sottoporre quel conflitto sociale a una soluzione comune e condivisa. La “sanzione riparativa”, in questa prospettiva, lungi dall'essere autoritativamente irrogata da un

¹²⁶ Da ultimo, parla espressamente di «baratto» tra il premio promesso dall'autorità [...] e la rinuncia dell'individuo a una parte (più o meno ampia) delle sue garanzie fondamentali», DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata*, cit., 41 s.

¹²⁷ In questi termini, BONINI, *Limiti sistematici ed opzioni ricostruttive della negozialità nella giustizia penale*, cit., 46, nt. 90. Anche secondo MARZADURI, *Relazione conclusiva. Non una sintesi dei lavori del convegno... ma qualche rapida considerazione sui meccanismi deflattivi in materia penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, cit., 236, la considerazione per cui la «mediazione» sarebbe, essenzialmente, uno «strumento deflattivo riflette un approccio riduttivo ed in parte fuorviante, risultando la deflazione solo un auspicabile effetto collaterale». Più di recente, però, ha messo condivisibilmente in luce il pericolo che i meccanismi di conciliazione siano intesi, specie dalle parti, in una logica mercantile e di monetizzazione della vicenda processuale, MAZZA, sub *art. 129bis c.p.p.*, cit., 1973. Sul rapporto tra mediazione e istituti a carattere deflattivo, v., in generale, GRANDI, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in *questa Rivista* web, 3 febbraio 2020; BONINI, *La deflazione virtuosa: intersezioni tra riti negoziali e restorative justice*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, cit., 75 ss.; MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di De Francesco-Venafro, Torino, 2002, 117 ss., e, spec., 137 ss.

¹²⁸ Testualmente, e assai efficacemente, DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata*, cit., 27, che, a sua volta, richiama quanto autorevolmente affermato da GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, cit., 103.

¹²⁹ CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., 259.

giudice, è volontariamente eseguita dall'*offender*¹³⁰ quale frutto di un percorso di riconciliazione con la persona offesa e con l'intera società¹³¹. Essa, perciò, non è "subita" e neppure "agita", bensì "costruita" all'esito di un cammino "a due" tra i principali protagonisti del fenomeno criminale: autore e vittima.

A tal proposito, non sembra privo di rilievo osservare come l'idea di una pena "plasmata" e "modellata", anziché "unilateralmente imposta", sia stata fatta propria dai più accreditati commentatori che si sono soffermati sull'istituto introdotto con la l. n. 67 del 2014.

Preme notare, difatti, come una parte degli studiosi della giustizia riparativa abbia sostenuto che la sospensione con messa alla prova non possa essere ricondotta a pieno titolo nell'alveo della *soft justice* proprio in ragione del contenuto del programma trattamentale disciplinato all'art. 464-*bis* c.p.p.¹³². Si è affermato, in effetti, che l'inquadramento del lavoro di pubblica utilità nell'ambito delle componenti essenziali e necessarie del predetto programma prescinde in tutto e per tutto da una vera e propria «costruzione concertata»¹³³ tra le parti; elemento, questo, che, per contro, dovrebbe caratterizzare indefettibilmente ogni esito autenticamente riparativo.

¹³⁰ *Contra*, però, PARISI, *I confini della Restorative justice*, cit., 135, secondo cui «la riparazione non è autonomamente determinata dalla vittima o dall'autore, ma è comunque organizzata nel suo concreto dispiegarsi da un mediatore, vale a dire da un soggetto autorizzato dalla legge».

¹³¹ Sostiene che l'applicazione di misure afflittive *ante iudicatum* in assenza di un accertamento della responsabilità del soggetto verrebbe a trovare «una giustificazione in armonia con i principi costituzionali» solo qualora ci si persuadesse che non si tratta «di condizionar[la] al consenso [tradizionalmente inteso] dell'imputato, ma di prevedere l'opportunità di rimuovere il bisogno di pena mediante prestazioni volontarie orientate agli interessi della vittima e idonee a ridurre l'autore», SUMMERER, "Diversion" e giustizia riparativa, cit., 176. Nella medesima prospettiva parrebbero collocarsi anche le riflessioni recentemente offerte da DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, cit., 10 s., per il quale, nell'ambito in esame, non risulterebbe «particolarmente preoccupante la circostanza che [...] non venga sempre richiesto, malgrado la "consistenza" delle prestazioni riparatorie, un effettivo accertamento della colpevolezza, con il rischio, a prima vista, di dar luogo ad una possibile tensione con la garanzia della presunzione d'innocenza. Pensiamo che sia arrivato il momento di liberarsi da quella tendenza a riproporre tuttora una visione ancorata ad un diritto ed un processo penale del tutto insensibili [...] al progressivo incedere di orizzonti culturali più vicini alle esigenze di giustizia dei nostri tempi: una tendenza [...] che si pronuncia (più o meno dichiaratamente) - ed è questo che soprattutto ci interessa - contro la sperimentazione di meccanismi alternativi di definizione delle controversie».

¹³² Per questa opinione, v., tra i molti, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 346; MAZZUCCATO, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 125 s.; MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, 411.

¹³³ BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 11.

7. *Brevi considerazioni di sintesi.* Alla luce dell'analisi svolta, sembra possibile affermare che la presunzione di non colpevolezza assuma rilievo, nel contesto della «giustizia dell'aratro»¹³⁴, in una duplice prospettiva.

Avendo riguardo alla fase di accesso ai percorsi di *relational justice ante iudicatum*, il consenso dell'accusato, come si è cercato di dimostrare, non può essere interpretato, neppure implicitamente, alla stregua di un'ammissione di penale responsabilità: vi osta, senza dubbio, il precetto cristallizzato all'art. 27, co. 2 Cost.

Un secondo profilo, riguarda, invece, lo stretto legame che intercorre tra la natura (sanzionatoria o conciliativa) della giustizia riparativa e la presunzione di innocenza, perlomeno qualora ci si riferisca a paradigmi che operano in una fase in cui la responsabilità dell'*offender* non è stata ancora accertata in via definitiva.

Il dibattito su questo aspetto, lo si è cercato di mettere in luce, è assai complesso, dal momento che coinvolge questioni già di per sé discusse e controverse. La nozione di “pena” e i connotati essenziali della *restorative justice*, difatti, sono concetti sui quali non è possibile – perlomeno allo stato attuale – individuare posizioni chiare e univoche. Onde rendersi conto di ciò, basti pensare, da ultimo, a taluni studi nei quali viene negata *tout court* ogni contrapposizione tra il paradigma conciliativo e la sanzione criminale, ricorrendo alla teorizzazione di un'inedita forma di «*punitive restoration*»¹³⁵.

Ciò nondimeno, in un sistema penale, come quello italiano, che aspira a un modello *restorative oriented* di gestione dei conflitti, la tutela della presunzione di non colpevolezza deve passare necessariamente da uno studio sinergico della materia sostanziale e della materia processuale. Sotto tale profilo, la qualificazione della giustizia riparativa come “alternativa alla pena” o, per contro, come una “forma alternativa di pena” è destinata a riflettersi sulla tenuta del principio espresso all'art. 27, co 2 della Carta Fondamentale.

Adottando la prima prospettiva, non sembrerebbero profilarsi problemi di sorta in merito alla compatibilità costituzionale del paradigma conciliativo

¹³⁴ Secondo l'immagine ripresa da DI CHIARA, *Ruolo dell'offeso dal reato e attività propulsive del procedimento: qualche riflessione di metodo*, in *Azione civile e prescrizione processuale nella bozza della Commissione Riccio*, a cura di Menna-Pagliano, Torino, 2009, 47.

¹³⁵ Il riferimento è a BROOKS, *Punitive Restoration: Rehabilitating Restorative Justice*, in *Raisons politiques*, 2015, 73 ss.

(salva, ovviamente, la necessità di adottare le precauzioni necessarie onde evitare indebite trasmigrazioni di materiale informativo).

Nel caso in cui, per converso, si propendesse per la seconda esegesi, il quadro, lo si è visto, diverrebbe certamente più intricato.

Pur non potendo negare, in questa evenienza, le forti preoccupazioni circa l'erosione dei diritti dell'accusato nei processi riparativi, «sarebbe un errore credere che la giustizia di prossimità richieda l'abbandono del giusto processo e delle garanzie procedurali»: i benefici ottenuti dall'applicazione del nuovo paradigma, del resto, «avrebbero poco significato se venissero messi a rischio i diritti dei [presunti] trasgressori»¹³⁶ e, in specie, il principio secondo cui nessuno può essere sottoposto a una sanzione punitiva in assenza di un accertamento previo di responsabilità. È in questo senso, come si è cercato di sottolineare, che la valorizzazione del consenso (quale requisito imprescindibile per l'avvio delle *restorative practices*), unitamente all'idea di una “pena costruita” e di una responsabilità individuale frutto di una visione comune dei fatti, potrebbe smorzare sul nascere eventuali contrasti con la presunzione di innocenza.

Sul punto, però, occorre essere onesti: laddove il percorso qui ipotizzato verso una giustizia autenticamente riparativa e, al contempo, costituzionalmente orientata al valore della presunzione di innocenza dovesse ritenersi impraticabile, ci si dovrebbe rassegnare all'idea che la “pena”, quale inflizione di un male a seguito dell'accertamento giudiziale, era, è, e sarà sempre la sola e l'unica risposta (processuale) al reato. *Tertium non datur*.

¹³⁶ Così, per le due ultime citazioni, REIMUND, *The Law and Restorative Justice*, cit., 683 e 692 (trad. nostra). Sul punto v. anche MEIER, *Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, 133.