



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2024

VALENTINA BONINI

Giustizia della forza e giustizia del dialogo tra punizione e riparazione

ABSTRACT - Having mentioned the intrinsically violent connotations of criminal justice (both in the method of proceeding and in the objectives pursued), the matrix will be recovered in the modern projection of the vengeful reaction to the offence, to underline how history and legal anthropology give us a framework in which the victim/community can react to an offense against fundamental goods according to two alternative directions: revenge or reconciliation. In public criminal justice systems, the vindictive ascendancy has been privileged, while the need for reconciliation, which is also a need for justice, has been neglected and/or reduced to the sole performance of compensation. Restorative justice seems to offer an answer to this, which gives people back a role in the reaction to the crime, to the extent that they want to start a process of dialogue and mutual recognition with the aim of an outcome that can heal and overcome the experience of victimization.

KEYWORDS - Criminal justice - Violence - Victim - Revenge - Reconciliation and reparation - Restorative justice

VALENTINA BONINI*

Giustizia della forza e giustizia del dialogo tra punizione e riparazione**

SOMMARIO: 1. *Giustizia penale e violenza: un solido abbraccio* – 2. *Le origini della violenza della giustizia penale* – 3. *Alternative alla giustizia vendicativa e alternative alla giustizia sanzionatoria* – 4. *Sistema penale e bisogni di giustizia: quali spazi per il paradigma riparativo?*

1. Giustizia penale e violenza: un solido abbraccio

Il tema del rapporto tra diritto e violenza involge, attraversandolo, l'intero ordinamento giuridico, sollecitando la riflessione del giurista e, in particolare, del giurista alle prese con il sistema penale.

Infatti, se tutto il diritto si avvale della forza, quantomeno nella misura in cui ha carattere prescrittivo, taluni settori ordinamentali fanno propria una forza che presenta i tratti della violenza. Tra questi ultimi v'è senz'altro la giustizia penale, tanto nella sua componente sostanziale, quanto nella sua componente processuale: l'abbraccio tra giustizia penale e violenza è antico e attuale e si rivela all'osservatore che vi si accosti da più angolature.

Da un primo punto di vista generalissimo, nel processo penale si fa evidente il paradosso della relazione tra diritto e violenza¹, nella misura in cui il diritto processuale argina e, al tempo stesso, pratica la violenza: da una parte, la giustizia penale, nel suo stesso esplicarsi, esprime una forza autoritativa che attinge, sotto più profili, la dimensione violenta; dall'altra parte, il sistema penale e processuale penale fa propria l'esigenza di porre limiti all'uso della forza, edificando un impianto di garanzie che mette in sicurezza (soprattutto) l'accusato da attacchi a beni fondamentali².

Il diritto penale è settore dei più "muscolari", in ragione del suo carattere fondante e distinguente, ossia la pena³; il processo penale traduce da potenza in atto la violenza pubblica, nella misura in cui trasforma la

* Professoressa associata di Diritto processuale penale, Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La contraddittorietà del rapporto tra diritto e violenza è ben messa a fuoco da C. MENKE, *Law and Violence*, in *Law and Literature*, vol. 22, 1/2010, pp. 1-17.

² In proposito, tra i tanti contributi sul tema, si veda M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *questa Rivista* 2019, f. 2, p. 101, ove l'Autore elenca il *plafond* delle principali garanzie per evidenziare come esse rappresentino «tutti limiti al diritto penale come arma, spada, male. Ma sono ciò che lo rendono *diritto legittimo* e non il *ius* di una violenza di Stato tradotta in *leges*».

³ Cfr., *ex plurimis*, R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2022, XIII, p. 72.

minaccia edittale della sanzione nella irrogazione concreta della pena. A ben vedere, allora, il luogo ove l'abbraccio tra diritto e violenza si fa più saldo è proprio quello dell'itinerario processuale, poiché è lì che opera il diritto violento⁴, seppure addomesticato per il tramite della ritualità normativizzata⁵.

Almeno tre sono i piani su cui il diritto processuale penale rivela la sua cifra violenta.

In primo luogo, la stessa attività del giudicare, culminante nell'adozione di un provvedimento decisorio, è fondata sul riconoscimento della forza esercitata dall'autorità giudiziaria sulle persone sottoposte a giudizio: ben rappresentata nell'iconografia tradizionale dalla spada, la giustizia che decide è una giustizia che taglia, lacera e divide⁶ con esiti che, nel processo penale, sono fortemente stigmatizzanti, marcando il segno tra "chi sta nel giusto e chi sta nell'errore", tra "innocenti e colpevoli" e financo tra "vittime e carnefici". Ben può dirsi, allora, che l'intero percorso processuale penale dispensi sofferenze a chi attende il giudizio: per dirla con Carnelutti⁷, il processo è già inflizione di pena.

In secondo luogo, e approssimandosi alla struttura interna dell'incedere penale, il processo è luogo di violenza, perché qui viene incorporata e fatta propria la conflittualità che segue all'offesa penalmente

⁴ Osserva A. CAMON, *Sfondi*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2023, p. 6, che «[i]l processo si distingue da altre forme di conoscenza soprattutto perché implica l'uso della forza».

⁵ Esprime bene questo rapporto tra legge e violenza nel processo A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Cortina, Milano 2007, p. 230, quando osserva come «[l]e reazioni alla violenza vengono canalizzate attraverso il diritto e la procedura. Il processo è un addomesticamento della violenza per il tramite del rito».

⁶ È lo stesso etimo del lemma a svelare la potenzialità divisiva dell'atto del giudicare: *deciduo*, infatti, ha come primo significato quello del "dividere".

⁷ Nella sterminata produzione basti richiamare F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. Dir. proc.* 1952, I, pp. 161 ss. L'assunto è ormai di tale generalizzata condivisione da trovare accoglimento anche nei documenti ufficiali: v. in merito *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435* (c.d. proposta Lattanzi), leggibile in www.sistemapenale.it 25 maggio 2021, p. 31, ove, a supporto dell'introduzione dell'udienze predibattimentale con funzione deflativa del rito a citazione diretta, si osserva che «il dibattimento per chi è costretto a subirlo costituisce già di per sé una "pena", che non deve essere inflitta se ne mancano le ragioni». Il supplizio dell'essere sottoposto a giudizio è ampiamente esplorato anche dalla produzione letteraria classica (F. KAFKA, *Der Prozess*, Roman, Berlin 1925. Tra le tante letture dell'Autore, merita essere richiamata, nonostante la rapidità, quella offerta da M. KUNDERA, *L'insostenibile leggerezza del Processo di Kafka*, in *La Repubblica* 13 aprile 2013, che sottolinea come, al di là della decisione su colpevolezza o innocenza, K. vive tutta la tragedia dell'essere «colpevolizzato»).

rilevante, gestendola per i propri fini, ossia in con l'obiettivo di accertare fatti e responsabilità. Di quel conflitto tra tesi (accusa e difesa) il processo si anima e si nutre, reiterandolo a più riprese e sfruttandolo a fini cognitivi. Lo evidenzia il suo lessico: contraddittorio, parte e controparte, prova e controprova, esame e controesame sono lemmi che identificano principi fondanti, soggetti, istituti probatori, metodi di costruzione del sapere giudiziale i quali, tutti, riposano sulla naturale conflittualità tra le parti. Il conflitto e lo scontro tra posizioni contrapposte vengono *usati* dal processo penale per formare le conoscenze da impiegare nella decisione: quest'ultima, poi, con la sua efficacia etichettante e divisiva, ipostatizza e perpetua il conflitto. Ecco che il processo penale si fa luogo in cui contrapposizione e conflittualità sono arnesi con cui muovere il tentativo di falsificazione della opposta tesi anche a costo del disconoscimento e, talora, dello sgretolamento dell'altro (controparte e/o dichiarante introdotto dalla controparte) per minarne l'attendibilità ai fini decisori: un incedere conflittuale che appartiene alla fisiologia del processo penale e dal quale, non a caso, il legislatore cerca di proteggere i soggetti più vulnerabili⁸.

Presente in ogni modellistica, la conflittualità assume un ruolo centrale nei processi a struttura accusatoria, ove assurge a elemento indefettibile per il funzionamento del metodo falsificazionista nella formazione del sapere giudiziale: tanto consustanziale all'obiettivo cognitivo è il conflitto che, questo mancando, il contraddittorio si fa inutile⁹.

Infine, il processo penale mostra tutta la sua capacità offensiva e violenta nell'assegnazione all'autorità giudiziaria (e, seppure in termini più rigorosamente circoscritti, alla polizia giudiziaria) di poteri che colpiscono, limitano e talora annichiliscono diritti costituzionali della persona accusata (e non solo): libertà personale e di spostamento *ex art. 13 Cost.*, inviolabilità del domicilio *ex art. 14 Cost.*, libertà e segretezza delle comunicazioni *ex art. 15 Cost.* sono beni fondamentali della persona esposti ad aggressioni

⁸ Il riferimento è ai dichiaranti vulnerabili ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p. di cui è consentita l'audizione con modalità protette, volte ad attutire l'aggressività altrimenti tipica della *cross-examination*. Nella sterminata letteratura processualpenalistica, si vedano i contributi raccolti in G. BELLANTONI (a cura di), *Soggetti vulnerabili e processo penale*, Giappichelli, Torino 2017.

⁹ È questo l'assunto sulla cui base, affermato il metodo del contraddittorio nella formazione della prova, l'art. 111, comma 5 Cost. consente di derogarvi quando vi sia il consenso delle parti, che esprime una convergenza sui fatti storici per cui v'è processo che renderebbe inutile l'esercizio del contraddittorio attraverso la *cross-examination*. Cfr. P. FERRUA, *Il giusto processo*, III ed., Zanichelli, Bologna 2012, che in proposito parla, appunto, di «contraddittorio inutile».

processuali che risultano legittime perché disciplinate nell'*an* (riserva di legge) e nel *quomodo* (riserva di giurisdizione, obbligo di motivazione) dalla legge processuale penale.

Qui è il modello inquisitorio a offrire soluzioni che accentuano, attraverso il cumulo e la concentrazione di poteri sull'autorità procedente, la *vis* e il *metus* collegati all'esercizio delle attività processuali penali; ma nessuna modellistica, astratta o concreta che sia, riesce a depurare il giudizio penale dal compimento di attività limitative di libertà fondamentali che, se fossero compiute dalle stesse persone (giudice, pubblico ministero, polizia giudiziaria) spogliate della toga o della divisa, sarebbero non solo illecite, ma addirittura reati che offendono beni primari della persona¹⁰.

Insomma, può dirsi, senza timore di azzardare troppo, che la giustizia penale sia intrinsecamente e fisiologicamente violenta.

2. Le origini della violenza della giustizia penale

Verificata la dimensione strutturale della violenza nel diritto processuale penale –che tale resta nonostante (e, anzi, anche per il tramite) dell'addomesticamento operato dalla legge– merita forse interrogarsi sulle radici di una simile “risposta di giustizia”, quanto meno per comprendere se e in quale misura possano trovare spazio anche altri tipi di reazione all'offesa penalmente rilevante e se questi possano essere liberi di connotati autoritativi, conflittuali, violenti e limitativi dei beni fondamentali della persona sottoposta a processo.

Non occorre scavare a lungo per trovare traccia delle origini violente della giustizia penale, nella misura in cui essa rappresenta la proiezione moderna della vendetta privata anticamente riservata alla vittima: lo ha

¹⁰ Interessante la scorsa operata da A. CAMON, *op. cit.*, p. 6, che riporta anche l'icastico passaggio di una lezione di Giuseppe De Luca, il quale esordiva segnalando come «ciò che distingue la violenza del bandito o quella del giustiziere da quella del poliziotto, è la divisa». Assai efficace è anche il passaggio di G. COLOMBO, *Da giudice credevo nel carcere. Ora dico: va abolito*, in www.osservatoriorepressione.info 26 giugno 2020, ove si osserva che «[q]uasi tutto quello che fa un magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, se fosse commesso da lui privatamente o da un altro cittadino, costituirebbe reato. Dispongo una misura cautelare in carcere, si tratterebbe di sequestro di persona; intimo a un teste di presentarsi, sotto minaccia di essere accompagnato dalla forza pubblica, è violenza privata; una perquisizione è violazione di domicilio; un sequestro è rapina aggravata dal numero di persone e dall'uso delle armi».

evidenziato nitidamente Mario Sbriccoli, osservando che «[l]a storia del “penale” può essere pensata come la storia di una lunga fuoruscita dalla vendetta»¹¹. Senza potersi soffermare qui sulla compiutezza di un simile percorso¹², l’attribuzione allo Stato del monopolio della violenza ha consentito di trasformare le logiche vendicative in logiche sanzionatorie, senza realizzare, però, un superamento della violenza reattiva: il volto emotivo e irrazionale (e quindi incontrollabile) della vendetta privata viene sostituito dalla razionalità commisurativa della pena legale¹³.

Il progressivo consolidamento della caratura pubblicistica della giustizia penale, dunque, prende le mosse dall’esigenza di andare oltre la vendetta privata, attraverso quella che è stata efficacemente sintetizzata come “espropriazione del conflitto”¹⁴: il conflitto innescato dal reato viene *attratto* alla dimensione pubblica (dalla vendetta dell’offeso alla pena *ex autoritate*) e viene *astratto* dalla sua dimensione concreta (dall’offesa alla persona alla violazione della norma incriminatrice generale ed astratta).

Pagine celebri mettono a fuoco questo slittamento della violenza dalla dimensione privatistica a quella pubblicistica nel segno di una continuità, piuttosto che di una rottura. Così, l’apertura del saggio di Salvatore Satta sul mistero del processo tratteggia la vicenda che nel 1792 vide messo alla sbarra del tribunale rivoluzionario il maggiore Bachmann, con una narrazione che evidenzia questo “passaggio di consegne”: i sanculotti avevano forzato i cancelli del palazzo e, armati di tutto punto, facevano scempio dei prigionieri «davanti ad un improvvisato tribunale del popolo»; appreso che i mercenari svizzeri erano custoditi nella sala delle udienze, lì si recano e trovano l’accusato Bachman, il quale «sicuro di morire, che sia per fatto dei giudici o per fatto di questi assassini, discende dalla poltrona

¹¹ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo 1, Giuffrè 2009, p. 1.

¹² A conferma di una evoluzione solo parziale, basti ricordare il recente e fortunato pamphlet di M. BORTOLATO ed E. VIGNA, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

¹³ Scontato il richiamo a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, che, nell’ambito della visione oggettivistica e di razionalismo giuridico, depura il diritto penale dalle incrostazioni etiche ed emotive e così laicizza la funzione della pena, agganciandola a precise dosimetrie che fanno della proporzionalità della risposta sanzionatoria l’elemento chiave della sua giustizia (v. § II, Diritto di punire, che individua il limite al diritto di punire nella porzione di libertà –la minima possibile– che ciascun uomo ha acconsentito a cedere al «pubblico deposito», osservando come «tutto il di più è abuso e non giustizia».

¹⁴ Si veda N. CHRISTIE, *Conflict as property*, in *The British Journal of Criminology*, vol. 17, 1/1977, pp. 1 ss., che, come teorico dell’abolizionismo penale, parte dalla necessità di restituire la gestione del conflitto alle persone che ne sono dirette protagoniste.

ove da trentasei ore è seduto, e si presenta alla sbarra come per dire: uccidetemi»; avvenne allora un fatto mirabile, perché il presidente del tribunale «ferma d'un gesto gli invasori: con poche energiche parole intima "di rispettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada"» e i massacratori docilmente ripiegano verso la porta. Riprendendo le parole di Lenotre, Satta rimarca come «[e]ssi hanno compreso che l'opera che essi compiono là in basso, le maniche rivoltate e la picca tra le mani, questi borghesi in mantello nero e cappello a piuma la perfezionano sui loro seggi»¹⁵.

Il conflitto è gestito dall'autorità che, nel segno della legge, fa proprio il destino dell'accusato, salvandolo dalla violenza della vendetta ed esponendolo, in luogo di quella, alla violenza della pena.

È in questo percorso di pubblicizzazione della giustizia penale che possono rinvenirsi le radici di un sistema penale che della "violenza addomesticata" dalla legge fa il proprio metodo (il processo) e il proprio obiettivo (la pena).

La sostituzione dell'autorità giudiziaria (a cui lo Stato attribuisce il monopolio della violenza penalistica) alla vittima (originaria titolare della reazione vendicativa) determina la marginalizzazione di quest'ultima che viene tenuta fuori dal processo, se non nella misura in cui ella stessa serva ai propositi pubblicistici della giustizia penale, in veste di testimone¹⁶.

Così rapidamente ripercorsi i binari lungo i quali la giustizia vendicatoria si è trasformata in giustizia sanzionatoria, viene da chiedersi se le reazioni all'aggressione penalmente significativa si esauriscano

¹⁵ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 11 ss.

¹⁶ Pur nella varietà di vesti che i diversi ordinamenti processuali assegnano alla vittima di reato, questa resta sempre un soggetto collocato in posizione ancillare, che, anche quando può ambire a rivestire la qualità di parte (segnatamente, parte civile), resta doverosamente estranea alla gestione delle prospettive punitive. Nel processo penale italiano, peraltro, pur a valle del percorso di progressiva valorizzazione del ruolo procedimentale della vittima (tanto come persona offesa *ex artt.* 90 ss. c.p.p., quanto come soggetto danneggiato che si costituisca parte civile ai sensi degli artt. 74 ss. c.p.p.), continuano a prevalere i doveri testimoniali sulle prerogative della parte, prevedendo l'art. 208 c.p.p. che la parte civile viene sentita nel dibattimento con il mezzo volontario dell'esame quando essa «non debba essere esaminata come testimone»: la previsione, che assegna prevalenza agli obblighi testimoniali rispetto alle facoltà dichiarative della parte, si iscrive in una cornice che, appunto, coniuga e limita l'apporto narrativo della vittima nei limiti in cui questo serva al processo penale.

Ampie sono, invece, le più recenti traiettorie di valorizzazione dei bisogni di protezione della vittima, tanto dal rischio di reiterazione del reato quanto da quello di vittimizzazione secondaria dal contatto con l'autorità: è evidente, però, che in questa prospettiva la persona che ha patito l'azione offensiva si atteggia come mero soggetto passivo, destinatario di tutele, più che titolare di prerogative.

nell'impiego della violenza oppure se altre traiettorie sono state e possono tuttora essere seguite.

3. *Alternative alla giustizia vendicativa e alternative alla giustizia sanzionatoria*

Nel delineare la risposta all'offesa all'interno di dinamiche che assegnavano un ruolo da protagonista alla vittima, sono di particolare utilità –ancora una volta– le analisi e le considerazioni sviluppate da Mario Sbriccoli. Osserva lo storico marchigiano come, attraverso la vendetta, la vittima ricercasse «soddisfazione»¹⁷, per sottolineare come questa rappresenti «fatidico punto nodale dell'intera storia della giustizia penale»¹⁸: con la vendetta, la rappresaglia o la faida, la vittima e il suo gruppo sociale di riferimento cercavano soddisfazione per il torto patito; davanti alla stessa, però, restava aperto anche un altro sentiero da battere alla ricerca della «soddisfazione»¹⁹, quello segnato da strumenti di composizione (*compositio*, guidrigildo, transazioni, paci).

Anche quando comincia ad affermarsi la giustizia penale pubblica che assegna il primato della forza all'autorità, resta possibile coltivare parallele prospettive conciliative e talora il ricorso al sistema pubblicistico è impiegato come strumento da valorizzare in sede di trattative per la ricomposizione tra vittima e offensore.

Insomma, anche la dimensione pubblica del sistema penale vede una significativa sopravvivenza di procedure di giustizia a conduzione privata, talora operanti in autonomia e talaltra intersecanti i binari della giustizia punitiva, con parziali riconoscimenti e aperture a forme di giustizia penale negoziata. Gli strumenti compositivi riaffiorano, dunque, in una veste

¹⁷ Cfr. M. SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 5

¹⁸ V. M. SBRICCOLI, «Vidi communiter observari». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 96.

¹⁹ Sottolinea M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 5, come proprio la soddisfazione stia alle origini stesse della crisi tardo-medievale della vendetta, intesa come pratica ordinaria di giustizia», in quanto «la vendetta non è priva di inconvenienti per la vita associata (induce disordini, misconosce norme, elude poteri, svaluta autorità». Del resto, pur con riferimento a forme di accusa privata, lo stesso Autore in altro scritto («Vidi communiter observari», cit., p. 85) rileva come elemento di criticità la cedevolezza dell'iniziativa della vittima «[ne]ll'ipotesi – certo non rara – di una vittima intimidita, oppure *sans aveu*, priva cioè di quell'*entourage* che avrebbe dovuto prendere le sue parti», introducendo un argomento che evidenzia anche i limiti del sistema vendicativo nella prospettiva della vittima.

“istituzionalizzata” attraverso gli schemi di giustizia penale negoziata, che a tratti restituisce rilievo all’incontro di volontà delle parti, talora valorizzando anche la voce del danneggiato.

Una volta consolidata la cifra pubblicistica della giustizia penale, però, anche questi meccanismi devono muoversi all’interno dello steccato eretto dalle logiche di legalità e autoritative, che possono accordare spazio ad alternative consensuali solo se basate su unità oggettivabili e suscettibili di commisurazione razionale, come la pena e il risarcimento del danno da reato²⁰; nessun riconoscimento, invece, può essere accordato alla soddisfazione dell’offesa, che, a differenza del danno, è un’entità impalpabile ben più difficile da “addomesticare” attraverso la legge penale a causa della sua componente emotiva²¹.

Insomma, anche gli spazi di giustizia negoziata e i meccanismi riparatori calati all’interno del sistema penale pubblicistico devono sottostare alle logiche della giustizia munita di spada, bilancia e benda, espresse da norme generali ed astratte che rispondono ad esigenze di certezza e di uguaglianza, che vietano di assegnare rilievo ai bisogni concreti delle persone, di guardare ed ascoltarne le richieste di giustizia, proibendo di dare loro “soddisfazione”.

²⁰ La proiezione moderna di simili schemi è rappresentata dalla pletora di istituti penalistici con cui il legislatore ha attribuito rilievo al risarcimento del danno e alle condotte riparatorie (art. 62 c.p.), ora con effetti mitigatori e attenuanti della pena, ora addirittura con esiti liberatori (art. 162-ter c.p.).

²¹ La tendenza a “incorporare” le dinamiche riparative all’interno del sistema di giustizia punitiva, così da sottoporle allo stesso processo di razionalizzazione e oggettivazione, è ancora oggi vivissima e trova riscontro non solo nei riferimenti normativi che assegnano rilievo *quoad poenam* (o addirittura in prospettiva liberatoria) a condotte riparatorie (sia sufficiente qui richiamare quanto statuito negli artt. 62, n. 6 e 162-ter c.p.); a questi si aggiungono raffinate ricostruzioni teoriche che, sulla scorta dell’assunto per cui «anche la riparazione è pena», assegnano rilievo al solo esito riparativo “prestazionale”, rigettando l’*outcome* riparativo a valenza simbolica, perché sfuggenti alle logiche del positivismo (in questi termini M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa. Criteri di orientamento in una potenziale contraddizione di sistema*, in *Diritto di difesa*, 16 luglio 2024). Forse, è proprio l’identificazione della riparazione con la pena (alla quale l’Autore approda grazie alla valorizzazione dei dati normativi poc’anzi ricordati e in particolare del riconoscimento di una portata attenuante al risarcimento, alla riparazione e all’esito del processo riparativo) a dover essere scrutinata con maggiore attenzione alla luce del paradigma riparativo, che, a ben vedere, è libero da ogni proiezione sanzionatoria e tale rimane, anche laddove il legislatore decida poi di riconoscere effetti *in bonam partem* all’esito riparativo.

Se il diritto è relazione²², la giustizia penale, anche quando apre a forme di negoziazione, mette in relazione lo Stato e l'accusato, mentre si disinteressa della relazione tra offeso e offensore, consegnata all'indifferenza delle autorità. Infatti, nei sistemi contemporanei la *negotiated justice* è servente gli obiettivi della giustizia penale autoritativa: deflazione processuale e alleggerimento della macchina della giustizia sono perseguiti per consentire al sistema di funzionare con maggiore efficienza nel dispensare la violenza processuale e sanzionatoria. Un male necessario²³ che alleggerisce e apparentemente piega alla volontà delle parti la forza dell'autorità giudiziaria, affinché l'arsenale della giustizia penale possa dispiegare il proprio fuoco di fila sulle vicende di maggiore rilievo²⁴.

4. Sistema penale e bisogni di giustizia: quali spazi per il paradigma riparativo?

In un simile quadro, non è difficile concludere nel senso che la giustizia penale pubblicistica – allorché ha fatto propria la reazione punitiva all'illecito – ha appiattito la reazione all'offesa sulla sola prospettiva sanzionatoria con una duplice conseguenza: da una parte, si è doverosamente estromesso la vittima dalla gestione del conflitto per arginare usi incontrollabili, emotivi, intuizionistici e sproporzionati della violenza²⁵, ma, dall'altra parte, il sistema ha privato di riconoscimento, ha

²² Cfr. T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma, 2022, p. 94, che recupera il pensiero di A. LEVI, *Ubi societas, ibi ius*, in ID., *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1923.

²³ Cfr. N. McDONOUGH, *Plea Bargaining: a Necessary Evil*, in *University of Arkansas at Little Rock Review*, vol. 2, 1971, pp. 381 ss. che ebbe ad aprire un vivace dibattito sulla necessità o meno di strumenti di giustizia contrattata per la tenuta del sistema accusatorio; in seguito v., T. WAN, *The Unnecessary Evil of Plea Bargaining*, in *Review of Law and Social Justice*, vol. 17, 1982; in una prospettiva abolizionistica dell'istituto, R.A. FINE, *Plea Bargaining: an Unnecessary Evil*, in *Marquette Law Review*, vol. 70, 1987, pp. 615 ss.

²⁴ Non è un caso che si osservi correntemente, anche sulla scorta della percentuale elevatissima di procedimenti chiusi con un *guilty plea*, come il *plea bargaining* «*is not some adjunct to the criminal justice system, it is the criminal justice system*» (così R.E. SCOTT e W.J. STUNTS, *Plea Bargaining as Contract*, in *Yale Law Review*, vol. 101, 1992, p. 1909).

²⁵ A partire dai primi anni 2000 si è assistito ad un progressivo recupero di attenzione per la vittima di reato anche all'interno del procedimento penale che ha trovato una spinta importante nella Direttiva EU/2012/29, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reati). Se gran parte delle novità normative che ne sono seguite si occupano della protezione della vittima, sono state riconosciute facoltà endoprocessuali alla vittima, soprattutto in termini di diritti informativi, di interpretazione

silenziato e anestetizzato quei bisogni di giustizia che guardano a prospettive diverse, quali erano quelle già coltivate attraverso gli istituti compositivi e pacificatori che appartengono alle origini del diritto penale tanto quanto la vendetta²⁶.

Insomma, nell'architettura della moderna giustizia penale – tanto negli assetti sostanziali, quanto nelle dinamiche processuali – è accordato spazio solo alla risposta violenta all'offesa, mentre restano saldamente chiuse le porte che conducono alla soddisfazione di bisogni diversi, pure facenti capo alle persone protagoniste della vicenda offensiva.

Forse, oltre che ai noti fattori contingenti, la crisi della giustizia – ancora una volta intesa sia come crisi della pena, sia come crisi del processo – è in certa misura collegata anche a questo profilo: la sistematica obliterazione dei bisogni di pacificazione facenti capo a vittima e accusato crea una generalizzata insoddisfazione dell'esperienza di giustizia in sé, in termini del tutto indipendenti dall'esito decisorio. L'accusato lamenta un "danno da processo" per la violenza patita che finisce per renderlo "vittima" del sistema processuale²⁷; dal canto suo, la vittima lamenta, oltre al rischio di vittimizzazione secondaria²⁸, la mancanza di occasioni di ascolto, di luoghi in cui narrare il proprio vissuto con dinamiche, tempi, contenuti che non siano quelli costretti dalle finalità cognitive del processo.

Ferma restando l'irrinunciabilità di un sistema penale che ponga al centro la sequenza reato-accertamento-pena con tutto il *set* di garanzie fondamentali che ne deriva, merita interrogarsi sull'opportunità di offrire

e, entro certi limiti, di partecipazione. Tra i numerosi contributi dottrinali in materia, resta centrale l'analisi di M. BARGIS e H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017. E' da ricondursi a questo filone di politica processuale il disegno di legge costituzionale S. 888 (di iniziativa dei senatori Parrini, Bazoli e Giorgis) volto a introdurre nell'art. 111 Cost. la previsione per cui «[l]a legge garantisce i diritti e le facoltà delle vittime di reato».

²⁶ Non è solo la storia del diritto a consegnarci il bisogno di riparazione come costante alternativa a quello di vendetta; anche l'osservazione delle "società semplici" che caratterizzano taluni contesti contemporanei offrono conferma di una simile costruzione. In proposito v. G. MANNOZZI, *Le sfide poste dall'istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismi*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa nel d.lgs. n. 150/2022*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 1 ss.

²⁷ Si vedano i tanti profili di danno da processo declinati nelle analisi contenute in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale*, Giappichelli, Torino 2017, nonché, più di recente, F. GALLUZZO, *I danni da processo penale. Rimedi preventivi e successivi*, Cedam, Padova, 2023.

²⁸ Sulla vittimizzazione secondaria e, in una prospettiva più ampia, sull'impatto che il processo penale ha sugli individui vulnerabili, v. G. SPANGHER e A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2021.

paradigmi diversi di giustizia che mettano al centro ricomposizione, pacificazione, superamento del conflitto e dei ruoli di vittima e di autore, così da ripristinare quella duplicità prospettica che da sempre guida lo sguardo di chi cerchi “soddisfazione” per l’esperienza di ingiustizia agita e subita.

Nei sistemi contemporanei, ove anche il riconoscimento e la quantificazione del danno da reato sono messi a tema secondo le coordinate legalitarie e oggettivizzate della giustizia pubblicistica, una risposta ai bisogni di riparazione può essere fornita al di fuori delle agenzie tradizionali di giustizia e nell’ambito delle *restorative practices*.

La sostituzione dell’obiettivo punitivo con quello riparativo, infatti, retroagisce sul piano metodologico, agevolando la costruzione di itinerari di giustizia liberi dalle caratteristiche violente tipiche del sistema penale.

La giustizia riparativa si atteggia come un paradigma autonomo e con marcate specificità in grado di intercettare (e drenare dal processo penale) i bisogni delle persone coinvolte nella vicenda criminosa che non trovano risposta nella giustizia pubblicistica: diversi sono i soggetti, i principi, l’oggetto, il metodo e l’obiettivo che vanno a costituire l’esperienza di giustizia riparativa. Il rapporto che lega vittima, accusato, esponenti della comunità e mediatori si connota per orizzontalità e paritarietà, senza impronte autoritative: il mediatore è imparziale ma non equidistante, bensì equiprossimo, ai partecipanti, e non ha poteri decisori, perché non giudica né decide, ma facilita il dialogo nella conduzione verso l’esito riparativo. I principi generali a cui si informa la *restorative justice* ne mettono in luce tutte le specificità: consensualità, partecipazione attiva, equa considerazione di tutti i partecipanti, metodo dialogico, assenza di dominio, riservatezza sono solo alcuni dei principi tratteggiati dalle fonti sovranazionali in materia²⁹. Tanti e talmente marcati sono gli elementi caratterizzanti il paradigma riparativo che nell’insieme essi rivelano un volto nuovo di giustizia e richiedono di indossare lenti nuove³⁰ per impiegarla senza distorsioni. L’oggetto del percorso riparativo non è il reato come violazione di una norma generale ed astratta, ma l’offesa agita; non si discute di accertare fatti e responsabilità passati, ma di stimolare la responsabilizzazione in vista del

²⁹ I documenti più significativi in materia sono rappresentati, in ragione della completezza e specificità tematica, dalla Risoluzione ECOSOC 20002/12, recante *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, e la Raccomandazione CN/Rec(2018)8 del Consiglio d’Europa sulla giustizia riparativa in materia penale.

³⁰ Ci si riferisce al felice ed emblematico titolo dell’opera di uno dei “padri” della giustizia riparativa moderna, H. ZEHR, *Changing lenses*, Herald Press, 1990.

superamento del conflitto. Pur avendo a che fare con le contrapposizioni scaturite dall'offesa, il processo riparativo non alimenta né ripropone le dinamiche conflittuali, ma, sostituendo la dialettica con il dialogo, facilita il progressivo riconoscimento dell'altro nel continuo tentativo di approssimarsi ad una soluzione compositiva. È la tensione verso l'obiettivo riparativo, invece di quello sanzionatorio, che consente la costruzione di una trama di giustizia diversa da quella autoritativa, liberandola da ogni cifra violenta e restituendo la gestione del conflitto alle persone che ne sono dirette protagoniste³¹.

Le specificità e l'autonomia del paradigma hanno trovato recente conferma con l'introduzione della disciplina organica della giustizia riparativa negli artt. 42 ss. d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Riconoscimento della vittima del reato, responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa, ricostituzione dei legami con la comunità sono le mete verso cui l'art. 43, comma 2 d. lgs. n. 150/2022 chiede di orientare la rotta riparativa: il *restorative outcome*, quale che ne sia il contenuto (simbolico o materiale), è costruito collettivamente dai partecipanti e si connota perché si colloca a valle di un percorso dialogico e paritario; il conflitto non viene "fissato" da una decisione che, pronunciata dall'alto, perpetua la divisione, ma viene ricomposto attraverso una costruzione consensuale e corale del risultato riparativo, che ha consegnato ai partecipanti la possibilità di andare oltre le contrapposizioni tra parti.

Un paradigma di giustizia a sé, appunto, distinto e distante da quello della muscolarità violenta³².

È bene, però, sgombrare il campo da un possibile equivoco: pur nella sua autonomia, la *restorative justice* non ha ambizioni abrogative e sostitutive della giustizia penale sanzionatoria, ma corre parallelamente a questa, entrandovi in comunicazione nella misura in cui l'ordinamento assegni effetti giuridici all'esperienza riparativa. La scelta compiuta dal legislatore italiano colloca la *restorative justice* in posizione complementare

³¹ Nell'ambito di una più ampia analisi dei rapporti tra giustizia penale e costituzionalismo nelle sue varie declinazioni, M.L. LAGALLA, *La giustizia riparativa tra lo stato di diritto ottocentesco e lo stato costituzionale di diritto*, in *questa Rivista*, 2023, f. 1, p. 109, osserva che «[l]a giustizia riparativa problematizza il legame atavico tra diritto e violenza; il suo proprium è la rinuncia all'esercizio di qualsiasi forma di coercizione».

³² Osserva G. DI CHIARA, *Ci incontreremo lì, Giustizia riparativa, tecniche del processo, valori di fondo, sfide*, in *Proc.pen.giustizia*, fasc. speciale 1/2023, p. 73, che le geometrie del sistema ne escono ridisegnate.

alla giustizia tradizionale, tanto sul piano operativo, quanto sul piano sistematico³³.

Del resto, la soluzione è necessitata, foss'anche solo perché, pur praticabile per ogni conflittualità penalmente rilevante³⁴, la giustizia riparativa va incontro alle strette maglie selettive della volontà partecipativa delle persone interessate dal reato³⁵.

Sarà la strada meno battuta, ma soprattutto sarà una strada che non impedisce di percorrere anche quella del rito penale, il quale, pur mantenendo la propria centralità, viene liberato da quella esclusività che induce la vittima a proiettare e concentrare lì tutte le aspettative di giustizia³⁶.

Insomma, è una giustizia per tutti (in ragione del principio dell'accesso generalizzato), ma non da tutti (in quanto filtrata dalla volontà dei partecipanti); ha le caratteristiche di una giustizia di nicchia e piccola, che non ambisce a liberarci dalla "violenza addomesticata" dalla legge penale e processuale penale, ma spezzando l'esclusività della risposta muscolare all'illecito penale, può – per dirla con le parole di Marta Cartabia – contribuire a «domare la rabbia della violenza e ricostruire legami civici tra i cittadini».

³³ Con la sola eccezione (coerente con il sistema) dell'equiparazione *ex art. 152 c.p.* tra *restorative outcome* e remissione tacita di querela, l'esito riparativo non chiude il procedimento penale, ma è all'interno di questo valorizzato a più fini *in bonam partem*.

³⁴ In sintonia con i principi dettati a livello sovranazionale, l'art. 44 d.lgs. n. 150/2022 prevede che i programmi riparativi «sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità».

³⁵ Può essere utile ricordare che il consenso riparativo ha una caratura più consistente di quello posto alla base della tradizionale giustizia negoziata: esso deve essere «personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta» ed è «sempre revocabile anche per fatti concludenti» (art. 48 d.lgs. n. 150/2022), condizionando l'intera esperienza riparativa al permanere della volontà partecipativa.

³⁶ Come nei celebri versi di Robert Frost, *The Road Not Taken* (nella raccolta di poesie dell'Autore, *Mountain Interval*, 1916), la scelta di percorrere una strada, quella meno battuta, non impedirà di tenere per un altro giorno l'altro itinerario, anche se si tratta di scelta che segna una differenza: «*Two roads diverged in a wood, and I – I took the one less traveled by, – And that has made all the difference*».