

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS



LUCIANO EUSEBI

DIRSI QUALCOSA DI VERO DOPO IL REATO:
UN OBIETTIVO RILEVANTE PER L'ORDINAMENTO GIURIDICO?(*)

SOMMARIO: 1. Ciò che di vero dirai potrà essere utilizzato «contro» di te. – 2. Aspetti del rilievo attribuibile alla verità in sede processuale. – 3. I «limiti» operativi del diritto penale. – 4. L'incompatibilità non scontata dell'iter processuale al ristabilimento di rapporti secondo verità. – 5. Elementi di giustizia dialogata e prevenzione. – 6. Le esigenze della vittima. – 7. Quali percorsi possibili?: «restorative justice», garanzie e verità. – 8. Il ruolo antinomico della verità nella giustizia riparativa e nelle «collaborazioni di giustizia». – 9. La verità come elemento di pacificazione.

1. *Ciò che di vero dirai potrà essere utilizzato «contro» di te*

Il tema è – niente di meno – la verità. E, discutendo di reati, non solo la verità processuale, ma quella effettiva (l'unica rilevante dal punto di vista *umano*): verità che, per molti versi, non è *già* posseduta dallo stesso soggetto colpevole (ove lo sia), quasi si trattasse, semplicemente, dell'indisponibilità a rivelarla, ma necessita pur sempre di un percorso, o più precisamente di un percorso *relazionale*, che né il processo, né le criteriologie del punire oggi, di fatto, consentono.

È lo stesso tema che, due millenni orsono, aveva condotto taluno, in un processo penale, a concludere scetticamente: «che cos'è la verità?» (*Gv* 18,38). E per paradossale ciò era avvenuto di fronte a un altro che in precedenza aveva dichiarato, utilizzando il termine nell'accezione più intensa, «la verità vi farà liberi» (*Gv* 8,32).

Sono applicabili, queste ultime parole, anche all'ambito penale? Potrebbe essere che proprio attraverso il recupero della verità, di una verità che esige reciproca sincerità, sia le vittime che i colpevoli (e in certo modo tutti i consociati) siano in grado di riconquistare un poco di libertà rispetto al peso del male arrecato o subito?

Di certo lo statuto della verità nei sistemi penali vigenti è assai particolare. Fermo, infatti, il diritto dell'indagato di non collaborare (*nemo tenetur se detegere*), il proposito del dialogo va incontro a una diffida inevitabile, resa celebre dai film polizieschi d'oltreoceano: «tutto ciò che dirai – tutto ciò che *di vero* dirai – potrà essere utilizzato *contro* di te».

* Testo rielaborato della relazione al convegno *Verità, responsabilità e ravvedimento nel sistema penale e nella memoria di chi ha vissuto* tenutosi a Reggio Emilia il 3 giugno 2010 organizzato dalla cooperativa *L'ovile* in collaborazione con l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (sede di Piacenza).



Lungi dal vedere nel fare verità uno strumento di pacificazione, le regole del processo vi ravvisano il mero presupposto di una possibile condanna, cui resta estranea qualsiasi rielaborazione dei rapporti umani feriti attraverso il comportamento illecito. Di essi, piuttosto, l'inflizione della pena ratifica la frattura, lasciando irrisolta, in tutti i soggetti coinvolti, l'eredità gravosa del reato.

2. Aspetti del rilievo attribuibile alla verità in sede processuale

Un recente studio monografico tedesco, che reca per sottotitolo «*sulla libertà e sulla verità nella teoria penale e nella teoria processuale penale*»¹, ritiene che il tema della verità assuma interesse, per quanto ci riguarda, a tre livelli: nel momento in cui si tratta di constatare, attraverso procedure formalizzate, una certa situazione di fatto; nell'applicazione del diritto come sistema regolativo del fatto concreto; in merito alle conseguenze sanzionatorie.

Appare significativo, peraltro, il fatto che l'Autore si soffermi sui primi due aspetti, limitandosi a enunciare il terzo. Il che lascia emergere le difficoltà connesse all'interrogativo circa l'attitudine degli strumenti fino a oggi previsti, in caso di condanna, come esito del processo penale a incidere positivamente sui rapporti feriti dal reato e, in particolare, a ristabilire relazioni tra i soggetti coinvolti fondate sulla verità dei fatti, ma anche su modalità veritiere del loro esprimere se stessi: sia con riguardo ai modi in cui risulti essere maturata la scelta dell'agire criminoso, sia con riguardo ai modi in cui il reato abbia inciso nel *vissuto* dei soggetti coinvolti, dopo la sua realizzazione.

Pur entro l'ambito di una simile delimitazione dell'area d'indagine, il volume resta in ogni caso significativo proprio per il ruolo relazionale che assegna alla verità. Gli imputati – questa la tesi fondamentale – non costituiscono mero *oggetto* del processo, ma conservano in essi lo *status* di soggetti: per cui la ricerca processuale della verità non può costituire un fine in se stesso, ponendosi in rapporto, piuttosto, col fine *giuridico* del processo. Fine, quest'ultimo, individuato nella determinazione del prezzo massimo che il diritto è pronto a pagare per garantire attraverso il processo la conoscenza, secondo verità, di un dato accadimento. Così che, per esempio, non è dato utilizzare la tortura: anche se con essa, forse, qualche brandello di verità storica potrebbe talora essere colto.

Obiettivo del processo, in altre parole, non è l'acquisizione a qualsiasi prezzo di una mera verità dei fatti, poiché il diritto non costituisce tanto un sistema finalizzato a produrre conoscenze, bensì, in primo luogo, una prassi che fissa norme finalizzate alla convivenza.

Ne deriva che il ruolo della verità nel processo è legato all'esigenza di ricreare un

¹ S. STÜBINGER, *Das "idealisierte Strafrecht". Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt a. M., 2008, in part. p. 505.



quadro di con-vivenza in rapporto ai comportamenti illeciti dei quali sia emersa la realizzazione. Non ci si limita, nel processo, a esercitare la giurisdizione su un imputato, perché il processo lo si fa *con lui*. Il processo, in questo senso, rappresenta pur sempre uno strumento per la costruzione (o la ri-costruzione) di rapporti giuridici fra cittadino e Stato.

Concetti non dissimili – che colgono l'attitudine della verità ad assumere nel processo un significato relazionale ben diverso da quello classico di mero presupposto per una condanna (sebbene non affrontino in modo esplicito le questioni concernenti le modalità sanzionatorie, né il rapporto tra imputato e vittima) – sono espressi in un recente contributo italiano di area filosofico-giuridica².

Vi si legge: «Il diritto entra in crisi quando rinuncia alla verità, quando ambisce a rispondere alle istanze di giustizia contorcendosi in una iperproduzione normativa, finalizzata unicamente all'emergenza del reale. La giustizia non ha più posto quando il diritto è per il diritto, quando la legge è per la procedura, quando la procedura è solo il ricovero della legge».

Torna il concetto della verità che ha a che fare con la relazione interpersonale: «Il compito del giudice supera il semplice accertamento della verità secondo il metodo della scienza empirica, che è mono-logico, mentre la situazione processuale dovrebbe esplicarsi secondo modalità dialogiche, che riflettono sul senso dell'evento accaduto. Nel procedimento giudiziario si dovrebbe avviare un percorso, che partendo dai singoli fatti, arriva a essere interpretazione della verità. La discorsività che anima il processo dovrebbe operare in modo che le parti si riconoscano a pieno, quali persone nella loro rispettiva, integrale soggettività, anche perché (Arthur Kaufmann) nessun uomo è identico nella sua concreta capacità negoziale o nella sua concreta imputabilità».

Più a fondo: «Il ricorso alla via processuale, nel cercare di determinare ciò che è giusto, non solo non mira ad acuire i conflitti ma mira a renderli più umani». E in questo caso chi parla è papa Benedetto XVI, in un discorso alla Rota Romana³.

3. I «limiti» operativi del diritto penale

Date queste premesse, per giungere a identificare alcune caratteristiche dello spazio che potrebbe assumere un atteggiamento veritiero delle parti coinvolte, e in particolare dell'agente di reato, dopo la commissione di quest'ultimo appare opportuno sgombrare il campo, preliminarmente, da alcuni equivoci e domandarci che cosa,

² A. IACCARINO, *Verità e giustizia. Per un'ontologia del pluralismo*, Roma, 2008.

³ Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 28 gennaio 2006 (<http://www.vatican.va>: Benedetto XVI - Discorsi).



comunque, il diritto penale, attraverso gli strumenti tipici del processo, non è in grado di conseguire.

a) Il diritto penale non è in grado di fare piena luce sulla verità storica di un reato. Sia perché, come già si diceva, non può ammettere un uso illimitato dei possibili strumenti d'indagine, in quanto se così facesse negherebbe il fine stesso del diritto, che è costituito dal mutuo riconoscimento degli individui come soggetti dotati di dignità. Sia perché qualsiasi verità storica mantiene sempre una dimensione descrittiva dipendente da un'opera di interpretazione, posto che appare impossibile ricostruire l'intera trama dei fattori che abbiano avuto rilievo in un dato accadimento e il loro nesso con l'autonomia individuale. Sia perché la stessa verità storica non è solo quella dei fatti e può essere attinta, in termini almeno tendenzialmente non riduttivi, solo attraverso un dialogo sincero. Lasciato a se stesso, nemmeno l'agente di reato è in grado, ordinariamente, di *fare verità* circa il suo comportamento. Una verità che voglia cercare di essere sostanziale presuppone ambiti di sincerità, e pertanto necessita del ristabilimento di una relazione.

b) Il processo non può accertare, nella sua sostanzialità, il *quantum* della colpevolezza relativa a una data condotta: può solo constatare il sussistere dei requisiti ritenuti idonei a consentire l'ascrizione giuridica della colpevolezza. Sono infatti suscettibili di accertamento, nei limiti di cui s'è detto, solo gli accadimenti storici e i fattori (personali, culturali, ambientali, *etc.*) che abbiano inciso sul realizzarsi di quegli accadimenti. Ma non si riuscirà mai a dire, una volta constatate simili evidenze empiriche, quanto di totalmente suo, e dunque di totalmente *libero*, un dato soggetto abbia messo in una sua condotta, né conseguentemente a separare in maniera netta la sfera della responsabilità individuale da quella della corresponsabilità sociale. Un processo penale che interpreti il suo compito in un senso meramente retrospettivo, fondato sulla ricostruzione oggettiva dei fatti e sulla ricostruzione *ab extrinseco* della colpevolezza, esprimerà conseguentemente contenuti di verità molto parziali. Anche da questo punto di vista, dunque, la valorizzazione della verità in quanto elemento significativo rispetto alla frattura dei rapporti intersoggettivi rappresentata dal fatto illecito richiede l'apertura a modalità nuove dell'intervento penale.

c) La pena non può cancellare ciò che è accaduto. Sembra la cosa più ovvia, ma nel sentire comune l'inflizione della condanna – di una condanna che riproduca per analogia la stessa negatività del reato – ha assunto i contorni di una rimozione catartica del fatto illecito. Il pensiero di Hegel ha fortemente inciso: nel momento in cui si toglie rilievo alle realtà materiali con le quali si confronta l'esistenza quotidiana per costruire un mondo di realtà ideali (o *virtuali*) totalmente manipolabili mediante l'elaborazione concettuale, si può anche sostenere che un certo tipo di pena annulli il reato in quanto valore negativo. Ma ciò può riflettere, al massimo, dinamiche della psicologia sociale, mentre resta un'illusione che irrimediabilmente si scontra con la realtà per chi nella vicenda criminosa sia stato davvero coinvolto. Il fatto è che non fa parte delle facoltà a disposizione dell'essere umano quella di far venir meno quanto risulti

accaduto. Su di esso si può *fare* qualcosa, mentre non si può far sì che non sia stato. Sulle lacerazioni derivanti da condotte criminose si può lavorare, si può ricostruire, si può forse gettare un ponte: non le si può, semplicemente, eliminare.

d) Il diritto penale non ha comunque a sua disposizione alcuna pena che possa dirsi *giusta in sé*. Pertanto è obbligato a chiedersi, come le altre discipline che hanno per oggetto l'intervento sulle dinamiche relazionali umane (di ordine economico, sociale, politico, e così via), che cosa *sia giusto fare* – che cosa *abbia senso*, o *sia ragionevole fare* – in una data situazione. Del resto, proprio l'enormità di alcuni crimini lascia percepire l'inadeguatezza di una visione della giustizia fondata sulla risposta al negativo in termini di correttezza, per quanto la medesima sia concepita in modo analogico: quale sarebbe la pena *corrispondente* a un genocidio? L'idea di proporzione si limita a esigere, in un tale contesto, che a reato più grave corrisponda conseguenza più grave, ma nulla dice circa il criterio attraverso cui dovrebbe esprimersi il rapporto tra i diversi livelli individuabili nella scala dei reati e nella scala delle pene.

L'aver ritenuto scontata, ciononostante, la dinamica *retributiva* del punire è alla base dell'arretratezza progettuale che caratterizza la nostra materia, non a caso rimasta assai statica nel corso dei secoli. Tuttora oggi, in effetti, non si considera più di tanto necessario approfondire le forme di manifestazione concrete dei diversi reati e i fattori che incidono sul loro realizzarsi. Né si avverte, conseguentemente, l'urgenza dell'impegno per una progettazione politico-criminale complessiva orientata in senso preventivo, che non riguardi solo il diritto penale e che di quest'ultimo, in ogni caso, sappia diversificare gli strumenti d'intervento. Si dà, piuttosto, per già ampiamente noto il modello di giustizia da praticarsi dinnanzi ai reati.

La visione che identifica la giustizia con la reciprocità dell'agire – e della quale s'è asserito per millenni che produrrebbe prevenzione attraverso il timore di conseguenze negative corrispondenti alla negatività di ciò cui con esse si risponda – manifesta tuttavia, a ben vedere, effetti drammatici proprio dal punto di vista preventivo.

Ciò in quanto, secondo quella visione, tutte le volte in cui esista qualcosa, nelle realtà umane, che possa essere valutato negativamente, sarebbe naturale – *giusto* – agire in un modo negativo analogo verso coloro che di esse siano ritenuti responsabili (se non anche, semplicemente, soggetti esponenziali).

Orientamento, questo, rappresentativo del dramma di una cultura (occidentale, ma non solo) plurimillennaria, che ha giustificato ogni guerra e ogni conflitto in rapporto all'idea per la quale rimane, comunque, legittimo rispondere al negativo con il negativo.

Il diritto ha inteso porre alcuni argini, peraltro non troppo solidi, a questa logica. Ha cercato di far sì che l'accertamento di ciò che è negativo sia deputato a organi indipendenti, che si agisca in base al principio di colpevolezza, che il criterio di corrispondenza fra il negativo del fatto illecito e il negativo della risposta legale sia di natura analogica (il che non sempre, invero, ha mitigato il taglione).

Tuttavia, il diritto non è mai andato al cuore del problema, mettendo in discussio-

ne l'assioma secondo cui la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'*altro* con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto.

A questo assioma se ne può contrapporre, molto banalmente, uno di segno opposto: giustizia significa fare, in rapporto al male, progetti che siano pensati secondo contenuti diversi rispetto alla riproposizione, benché analogica, del male commesso. E ciò anche nel momento in cui quei progetti implicino percorsi impegnativi quanto ai loro destinatari.

Del resto lo stesso Hegel, in uno dei suoi scritti teologici giovanili – e dunque prima della fase in cui volle ritenere tutto il reale *razionale*, e dunque anche la pena come storicamente inflitta capace di gestire validamente le fratture derivanti dai reati – manifestava di aver compreso in modo molto chiaro l'inadeguatezza del meccanismo punitivo tradizionale: «La connessione di colpa e punizione è solo eguaglianza, non vita. Il colpevole subisce a sua volta gli stessi colpi che ha dato: ai tiranni corrispondono i carnefici, agli assassini il boia. Carnefici e boia, che fanno la medesima cosa che fecero i tiranni e gli assassini, sono chiamati giusti proprio perché fanno l'eguale (...). Non si può perciò parlare, per quel che concerne la giustizia, di riconciliazione, di ritorno alla vita»⁴.

C'è una frase a tal proposito molto forte di Claudia Mazzucato: «Una volta compiuta la metamorfosi di una virtù (la giustizia) in un infernale congegno che fa del male – tanto che ce ne si può pure difendere (ed è un diritto costituzionale!) – e dal quale si tenterà di sfuggire, si è chiuso un cerchio vizioso che ora la *restorative justice* sta, però, cercando di riaprire virtuosamente»⁵.

4. *L'incompatibilità non scontata dell'iter processuale al ristabilimento di rapporti secondo verità*

Sofferamoci, ora, su ciò che il processo penale, come oggi praticato, mira – e parallelamente rinuncia – a conseguire.

a) Il processo, innanzitutto, tende a ricostruire, ma senza far leva sul dialogo, la verità dei fatti. E ove ne deduca il sussistere della responsabilità per un reato, applica al soggetto ritenuto colpevole una risposta sanzionatoria, la pena, costruita in modo molto grezzo: vale dire come traduzione aritmetica (date le unità di misura esclusive

⁴ Così G.W.F. HEGEL, *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti teologici giovanili*, tr. it. di N. Vaccaro e E. Mirri, Napoli 1972, p. 391.

⁵ Cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA UNIVERSITÀ CATTOLICA, *Dignità e diritto. Prospettive interdisciplinari*, Libellula Ed., Tricase, 2010, p. 139 (volume disponibile in versione *e-book* anche nel sito web <http://dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche - pubblicazioni>).

rappresentate dalla durata della detenzione e, marginalmente, dall'entità della pena pecuniaria) di quella che la rubrica dell'art. 133 c.p. individua come la «gravità del reato».

La pena, dunque, risulta inflitta nel nostro ordinamento (anche quando poi non sia eseguita, o lo sia in forma diversa da quella detentiva) non come un *progetto*, o se si vuole un *percorso*, che assuma significato per il soggetto cui è destinata e per il suo rapporto con la vittima e con la società, ma come rappresentazione, attraverso il *quantum* che la contraddistingue, del disvalore attribuito al fatto illecito (tanto che l'iter inteso a determinarla è tradizionalmente descritto, non a caso, nei termini di una *commisurazione giudiziaria*).

La possibilità che la pena venga ad assumere un significato per chi la subisce è collocata nell'ambito esecutivo, cioè in una fase paradossalmente successiva a quella in cui essa viene determinata. In tal senso, si vorrebbe piegare, *ex post*, a divenire rieducativo ciò che non è nato – nonostante le asserzioni della Corte costituzionale circa il rilievo dell'art. 27, co. 3, Cost. anche nelle fasi di comminazione e di inflizione – secondo un'ottica rieducativa.

In realtà, quella norma della Costituzione è stata elegantemente elusa. Non abbiamo costruito pene strutturate in senso rieducativo: piuttosto, abbiamo asserito che le pene ereditate dalla tradizione retributiva, mediante alcune rimodulazioni ad opera dell'ordinamento penitenziario, dovrebbero riuscire a rieducare.

Il che fa salva, beninteso, la necessità di salvaguardare le opzioni fondamentali di tale ordinamento. Pur in rapporto a un sistema punitivo contraddittorio nel suo impianto generale, esse, infatti, offrono alcuni strumenti preziosi per ridimensionare le conseguenze di un modello sanzionatorio tuttora dipendente, in radice, dal modello della ritorsione.

b) In questo contesto, il giudice è come un medico che lavora senza diagnosi⁶. Delle condizioni personali in cui l'imputato abbia tenuto la condotta oggetto di giudizio il processo non si occupa. Che se ne possa occupare addirittura lo vieta, per gli adulti, l'art. 222, co. 2, c.p.p.: norma la cui pretesa *ratio* garantistica – eviterebbe il rischio di condizionamenti ispirati alla colpa d'autore – convince poco, dato che per evitare controindicazioni basterebbe collocare l'indagine (se accettata) sulla personalità in una fase successiva rispetto al giudizio sul fatto e sulla colpevolezza⁷.

D'altra parte, la considerazione della personalità ha senso ove si tratti di delineare un percorso che ne tenga conto, mentre appare ben difficilmente utilizzabile in modo razionale nel contesto di una mera dosimetria aritmetica del punire.

Si potrebbe opporre, in contrario, che l'art. 133 c.p. attribuisce, nell'ambito del

⁶ Cfr. a tal proposito, con riguardo al rapporto tra categorie penalistiche e sapere criminologico, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 10.

⁷ V. *infra*, n. 7, lett. d).



giudizio sulla *capacità a delinquere*, un ampio rilievo a fattori concernenti l'ambiente di vita, il carattere e l'atteggiamento personale del colpevole: ma, in assenza dello strumento di analisi idoneo a fornire conoscenze obiettive su quei fattori (la cui valutazione, se effettuata, finisce in pratica per fondarsi su indizi desumibili dagli atti d'indagine o dalla fedina penale), e in assenza di modalità sanzionatorie che offrano al giudice qualcosa in più di una mera discrezionalità inerente al *quantum* della detenzione o di una somma in danaro, i requisiti di cui alla seconda parte dell'art. 133 rivelano la loro funzione originaria: quella di permettere un rilievo *in malam partem* anche di fattori del tutto estranei rispetto alla colpevolezza del fatto, il che peraltro, dopo l'avvento della carta costituzionale, deve ritenersi inaccettabile.

Resta dunque la constatazione per cui, una volta che non vi siano motivi per indagare sull'imputabilità dell'imputato e questi sia ritenuto colpevole, la sua vicenda personale, nel processo, *non conta*. Proprio il riferimento alla colpevolezza in quanto categoria strutturata per far valere il reale stato soggettivo dell'imputato medesimo rispetto a istanze *prima facie* di esemplarità della condanna finisce paradossalmente per giustificare, in tal modo, l'irrilevanza delle condizioni soggettive in tutti i casi nei quali esse non siano in grado di escludere, *ab imis*, la responsabilità penale. Così da rendere il colpevole, al momento della sentenza, mero portatore di una valutazione sull'illecito commesso che risulta formalizzata attraverso l'entità della condanna.

c) In sintesi, la pena non è pensata come un iter significativo per le parti coinvolte nel processo, bensì è pensata *contro* il condannato e *senza* la vittima. Dal che deriva l'estraneità al processo della dimensione dialogica. Il dialogo, infatti, non è a priori impedito dal carattere impegnativo che la risposta al reato comunque assumerà per il suo autore: questi, tuttavia, non potrà mai dialogare intorno a conseguenze che, già sul piano teorico, siano configurate *contro di lui*, vale a dire senza poter rappresentare un'opportunità anche *per lui*.

Posto, in ogni caso, che vi è dialogo solo se la comunicazione si apre a profili di sincerità, ne deriva che il processo penale, in base alle sue caratteristiche attuali, resta un luogo di *non verità* sul piano dei rapporti umani.

Da un lato, dunque, vi è la forte aspettativa che il processo ricostruisca la verità circa gli accadimenti criminosi verificatisi, dall'altro lato vi è la consapevolezza del fatto che, in esso, la verità non trova spazio quanto ai rapporti tra le parti coinvolte, né è possibile dar luogo, proprio per questo, a relazioni umane genuine.

Ciò significa che il processo, fino a oggi, non ha rappresentato un luogo di rielaborazione degli illeciti commessi e ha offerto alla vittima, senza interrogarsi circa i suoi bisogni reali, solo l'entità della pena inflitta.

Del resto, per affermare l'ingiustizia dei fatti oggetto di accertamento il nostro sistema penale prevede, come esito del processo, il mero dosaggio del *quantum* sanzionatorio: secondo una visione che *oggettivizza*, onde renderla soppesabile, la portata dell'ingiustizia verificatasi e la dissocia, su questa via, dai suoi profili relazionali: i quali esigerebbero, piuttosto, risposte afferenti al medesimo piano relazionale.



In tal modo fornendo allo stesso agente di reato, come osservava Dostoevskij⁸, l'*alibi* di un male subito che gli consente di non confrontarsi col male arrecato.

5. Elementi di giustizia dialogata e prevenzione

I *limiti* fin qui evidenziati che caratterizzano il processo penale hanno ricercato la loro *ratio* giustificativa, quantomeno implicitamente, nelle esigenze della prevenzione. E tuttavia essi si dimostrano, a ben vedere, tutt'altro che necessari a una politica criminale efficace.

Il carattere non dialogico del processo riflette una visione che costruisce la pena secondo contenuti negativi per l'agente di reato (dunque, *contro* di lui): al pari, sotto questo profilo, del reato medesimo, in quanto accadimento negativo per la vittima e per la società. Visione, questa, la cui (presunta) efficacia general- e specialpreventiva non fa leva, di certo, su processi orientati all'accoglienza *per scelta personale* degli stili comportamentali richiesti dalla legge. Una pena minacciata e applicata *a danno* del suo destinatario, infatti, può supporre di poter ottenere esiti preventivi solo attraverso l'intimidazione e la neutralizzazione.

Ora, deve considerarsi che un simile modello della prevenzione è legato a fattori di controllo meramente *esterno* delle condotte, così che esso non risulta in grado di offrire motivazioni per il rispetto della legge le quali restino operative anche quando l'efficienza di quei fattori sia modesta.

Del resto, se quest'ultima fosse ottimale non sarebbe necessario, come insegnava Beccaria, far leva sulla durezza delle pene: basterebbe la prospettiva credibile dell'accertamento dei fatti illeciti, in modo da rendere comunque non vantaggioso l'agire anti-giuridico.

Tuttavia, il livello del controllo amministrativo e giudiziario sulle condotte dei cittadini non può oltrepassare, almeno nei contesti democratici, certi livelli di intensità; anzi, con riguardo a reati posti in essere nell'ambito di organizzazioni complesse solo la promozione dell'*autocontrollo* da parte delle medesime organizzazioni, attraverso un ripensamento complessivo delle strategie sanzionatorie, sembra poter dare buoni risultati. Inoltre, la realtà psicologica che fa da presupposto alla commissione degli illeciti penali – perfino quando si tratti di illeciti a movente economico, che pure ne costituiscono la maggioranza – non risponde, per lo più, a semplici ponderazioni tra rischi sanzionatori e benefici materiali, ma altresì a componenti di natura culturale, emotiva o, in diversa misura, socialmente condizionate.

L'ambito degli illeciti non intercettati dal sistema giudiziario (la *cifra oscura*) rimane, comunque, assai esteso in tutti i paesi, con ovvi riflessi sfavorevoli sul piano della

⁸ F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie da una casa di morti* (1860), tr. it. di M.R. Fasanelli, Firenze, 1994, p. 18.



prevenzione generale: riflessi che la durezza delle pene applicabili nell'ipotesi di una condanna non s'è mai dimostrata in grado di controbilanciare.

Ciò premesso, e ferma l'importanza fondamentale della prevenzione *primaria*, cioè del contrasto attinente ai fattori che favoriscono le condotte criminose (ambito inevitabilmente trascurato ove s'identifichi la giustizia con dinamiche retributive), emerge come la natura complessa del fenomeno criminale esiga una modalità di prevenzione la quale, anche attraverso le sanzioni, miri non già a condizionare senza persuadere, ma a garantire livelli elevati di *consenso* alle norme, cioè livelli di *tenuta* dei precetti giuridici per ragioni indipendenti dalla intimidazione e dalla neutralizzazione.

L'ordinamento giuridico che agisce più stabilmente in senso preventivo è, in tal senso, quello che ha il coraggio di una visione non riduttiva degli individui cui si rivolge: che, dunque, li considera – diversamente dalle semplificazioni di matrice utilitaristica o positivista – come interlocutori dotati di autonomia dei quali si tratta di conquistare scelte operate per adesione personale, piuttosto che farne l'oggetto di strategie coattive.

Se il prodursi della criminalità non risponde a mere dinamiche di condizionamento, in quanto – valga il rinvio a Edwin Sutherland – l'agire criminoso «si apprende» come si apprendono, in genere, fattori di carattere culturale (si tende a fare ciò che è approvato nel gruppo in cui ci si riconosce o in cui si cerca la propria identificazione)⁹, allora appare evidente l'importanza di orientamenti preventivi i quali favoriscano la messa in discussione di principio, negli appartenenti a un dato gruppo, delle scelte anti giuridiche in esso diffuse.

Ma se questo è vero, il fulcro della prevenzione consiste nel promuovere l'*autorevolezza* delle norme, cioè la capacità delle medesime di essere accolte per scelta e non per timore. Capacità che risulta tanto più credibile, sul piano sociale, ove trovi conferma nella disponibilità di chi pure, in precedenza, ne sia stato trasgressore a rivedere criticamente, comprovandolo anche mediante impegni riparativi, i suoi comportamenti pregressi e ad agire, per il futuro, rispettando la legge: una norma che sappia imporsi su chi l'abbia violata consolida in maniera del tutto particolare, specie con riguardo all'ambiente di provenienza del trasgressore, la sua attitudine a orientare effettivamente le condotte.

La prevenzione, dunque, non ha a che fare con misure che promettano condizionamenti risolutivi rispetto al fenomeno criminale, nel quadro di una visione meccanicistica o, se si vuole, meramente economicistica dell'agire umano. Al contrario, si sostanzia in una costante sfida culturale volta a riaffermare, nonostante la commissione dei reati, le *buone ragioni* per cui possa essere fatto proprio un atteggiamento conforme alla legalità.

Da ciò deriva il rilievo a scopi preventivi della ricerca di una verità sulle circostanze oggetto d'indagine la quale non sia soltanto quella di carattere storico che il processo,

⁹ Cfr. G. FORTI, *op. cit.*, p. 510 ss.



senza apporto dell'indagato, tenta (con molti problemi) di ricostruire, ma consista in una rielaborazione umanamente veritiera dei fatti, entro l'ambito di un dialogo che sia possibile promuovere, salvaguardate le garanzie difensive, tra i soggetti coinvolti.

Simile prospettiva tende a recuperare un rapporto di mutuo riconoscimento personale tra quei soggetti (ma anche tra l'agente di reato e i membri, in genere, della comunità sociale): così che la vittima del reato torni ad assumere nella percezione del suo autore una fisionomia di essere umano autonoma da quella di mero mezzo attraverso il quale conseguire certi obiettivi anti giuridici e l'autore stesso del reato venga percepito dalla vittima non solo come *criminale*, bensì, a sua volta, come essere umano nella complessità della sua vita.

Un rapporto il quale, ove ricostituito, implica la riaffermazione di ciò che debba valere come norma inderogabile, nonostante il reato che l'abbia contraddetta, nei rapporti intersoggettivi, e dunque come principio comportamentale che non debba essere ulteriormente infranto per il futuro. Realtà, questa, tanto più significativa alla luce dell'esperienza secondo cui l'impegno assunto nel contesto di una relazione umana diretta risulta molto più saldo di quello espresso come mero proponimento individuale.

6. Le esigenze della vittima

La vittima stessa, nel momento in cui «chiama il reo a rispondere attraverso un dialogo, chiede – ecco il punto cruciale – il rispetto, non tanto e non solo della regola, quanto dell'*oggetto* valoriale della medesima e, soprattutto, del soggetto che ne è titolare (l'essere umano)¹⁰.

Il bisogno fondamentale della vittima non è dato dalla ritorsione nei confronti del colpevole: appagamento, questo, solo apparente, che non la coinvolge sul piano relazionale. Piuttosto, la vittima necessita di vedere riconosciuto, se possibile (e tanto più) anche ad opera di chi abbia commesso il reato, che quanto accaduto *non sarebbe dovuto accadere* (così anche Hannah Arendt¹¹), *affinché non debba più accadere nel futuro*.

In quest'ottica, alla vittima va riconosciuta l'aspettativa legittima che il soggetto (davvero) responsabile di un fatto illecito sia chiamato a darne conto pure sul piano dei rapporti personali: ciò che il processo penale, in effetti, non gli chiede. La vittima non può essere privata della possibilità di sollecitare l'autore del reato al confronto sulla sua condotta. Quest'ultimo potrà rifiutarsi, ma la vittima ha diritto di domanda-

¹⁰ Così C. MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 141, la quale prosegue: «e si badi: la norma irradia la propria funzione civica *includendo* nella sfera di protezione offerta dal diritto anche il trasgressore il quale, al pari della vittima, può pretendere e ottenere – verso di sé – analogo rispetto».

¹¹ Cfr. per il riferimento C. MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 136 (H. ARENDT, trad. it., *Archivio Arendt 1930-1954*, a cura di S. Forti, Milano, 2001, vol. I, p. 49).



re una riconsiderazione, *occhi negli occhi*, dei fatti posti in essere (il che, tra l'altro, richiede alla vittima stessa di riconsiderare le modalità delle sue eventuali relazioni pregresse con l'offensore).

L'inflizione tradizionale della pena rischia di manifestare solo la forza coercitiva dell'ordinamento giuridico e di non riuscire a veicolare alcun riconoscimento dei precetti violati che coinvolga, o almeno interpellati, lo stesso agente di reato. Sotto questo profilo, riconferma la legge, per così dire, *in astratto*, senza adoperarsi al fine di riconquistare ambiti effettivi di rinnovata adesione al rispetto delle norme (eventualmente procrastinando simile impegno, in modo più o meno credibile, alla fase esecutiva). Il che riflette una visione della giuridicità come qualcosa di statico, e non come qualcosa che deve costantemente tornare ad affermarsi nel tessuto sociale, e pertanto, se possibile, anche con riguardo al rapporto dell'autore di reato con le vittime.

Non sarà automatico che un simile obiettivo sia conseguito. E tuttavia la sua esclusione dall'orizzonte del processo risulta contraddittoria in rapporto alle finalità preventive. Un ordinamento penale che resti indifferente, nella fase cardine di gestione del reato commesso, alla possibilità di un dialogo veritiero tra le parti su quanto accaduto – e, dunque, alla possibilità di recuperare una valutazione condivisa, ma anche attestata da condotte riparative, circa la sua inaccettabilità giuridica ed umana – rinuncia a promuovere l'autorevolezza delle norme, vale a dire ciò che costituisce il fulcro della prevenzione.

In questo modo il diritto penale abdica alla sua ambizione più tipica (almeno nei contesti in cui rappresenta davvero strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali): quella di poter coagulare intorno alla sue norme il consenso dei cittadini o, in altre parole, di potersi *imporre alle coscienze*. Il sistema penale non può coartare le coscienze, ma proprio per questo deve coltivare l'ambizione di poter guadagnare un'adesione libera ai suoi precetti. Se non lo fa, accetta che i suoi interventi sanzionatori si configurino come mera espressione di forza: della forza, eventualmente, di un ordinamento democratico, ma pur sempre come provvedimenti fondati solo sulla forza. Il che mina la sua autorevolezza.

Ciò evidenzia, peraltro, un nodo culturale di fondo, che meriterebbe ben altra trattazione: strategie preventive solide si manifestano difficilmente compatibili con orientamenti i quali neghino a priori la possibilità di convergenze, nel contesto pluralistico della democrazia, su affermazioni valoriali.

Se l'ordinamento giuridico non può presentare talune esigenze di tutela, ove davvero inerenti alla salvaguardia di esigenze costituzionalmente fondate, come inderogabili da parte di ogni singolo individuo (se il giudice o l'educatore penitenziario possono dire soltanto che l'omicidio è punito, e non che la vita dell'*altro* è intangibile) allora la risposta dell'ordinamento giuridico al reato finisce per giustificarsi solo quale *prezzo* del fatto illecito, determinatosi in una borsa delle sensibilità sociali, circa gli oggetti e i modi della tutela, di cui nessuno sarebbe abilitato a indicare motivi. Come del resto Hegel non sapeva indicare perché il furto «di una rapa», dal punto di vista retributivo, debba



essere punito con una multa di pochi soldi o con la pena di morte¹².

Una società del relativismo esasperato è una società che non fa prevenzione, in quanto non è in grado di attribuire *autorevolezza* alle sue norme.

7. Quali percorsi possibili?: «restorative justice», garanzie e verità

La sfida di una giustizia penale che apra a dimensioni dialogiche si gioca, da un lato, intorno alla capacità della medesima di attestare il proprio ruolo strategico dal punto di vista della prevenzione e, dall'altro lato, sul piano di una costruzione dei nuovi percorsi la quale sappia reinterpretare senza strappi, e anzi consolidandole dal punto di vista sostanziale, le garanzie processuali.

Se, infatti, le garanzie, nella loro forma classica, rappresentano un elemento imprescindibile di tutela dell'individuo rispetto alla potestà sanzionatoria pubblica, nel contempo hanno avallato criteriologie sanzionatorie retributive – in nome di una facile formalizzazione matematica del ricorso privilegiato alla pena detentiva – del tutto slegate, per loro natura, da dinamiche relazionali e ben lontane, nel loro configurarsi come *negativo* che risponde al *negativo*, dall'apprestare una garanzia effettiva quanto alla dignità dei loro destinatari.

Si tratta dunque di recuperare ambiti garantistici sostanziali, senza perdere in garanzie procedurali. Secondo un approccio cui s'è ispirato anche il progetto di riforma della parte generale del codice penale redatto dalla Commissione Pisapia, nella parte in cui per la prima volta ha delineato un sistema sanzionatorio inteso a superare la centralità del ricorso al carcere.

Su questa base, si potrebbe pragmaticamente pensare, nel solco della *restorative justice*, a tre prospettive di evoluzione.

a) La prima strada potrebbe sostanziarsi nell'attribuire rilievo estintivo del reato, sulla base di criteri definiti dalla legge, alla condotta riparativa che l'autore del medesimo, o comunque l'indagato, proponga al giudice prima dell'inizio di un procedimento penale, o entro una certa fase del medesimo.

Simile strumento, di cui costituisce una manifestazione quasi inutilizzata l'art. 35 d.lgs. 274/2000 relativo alla competenza penale del Giudice di pace, apre pragmaticamente a una giustizia dialogata, o riconciliativa, per così dire implicita.

Posto infatti che la condotta riparativa, secondo quanto ormai assodato in sede internazionale, risulta del tutto autonoma dal risarcimento civilistico del danno, implicando un impegno personale in favore della vittima o dei beni offesi dal reato, essa si configura come una sorta di ripresa unilaterale del dialogo, con la vittima medesima e con la società, da parte del soggetto cui risulti attribuita la commissione del reato.

¹² Cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), § 218, trad. it. di V. Cicero, Milano, 1996, p. 378 s.



Simile strumento rappresenta una risposta di carattere costruttivo e non retributivo alla frattura insita, comunque, nel fatto illecito: una risposta rapida, concreta, tale da recuperare centralità alla posizione della vittima ed espressiva di un'attivazione conforme al precetto espresso dalla norma violata, di cui, pertanto, rafforza l'autorevolezza.

Caratteristiche le quali, d'altra parte, non appaiono compromesse ove si eviti di ritenere la disponibilità alla prestazione riparativa come ammissione formale di colpevolezza.

Semmai, si tratterebbe di valutare in che misura possa essere lasciata aperta la strada alla proposta di una condotta riparativa (maggiormente onerosa), con effetti di estinzione della pena, anche nel caso in cui sia stato percorso l'iter processuale ordinario fino alla sentenza di condanna,

b) Il secondo strumento potrebbe essere costituito dalla possibilità di ammettere l'indagato a un percorso riabilitativo di c.d. *messa alla prova*, consistente in provvedimenti non già intesi (secondo l'ottica retributiva) *a suo danno*, ma riferiti alle condizioni personali nel cui ambito l'illecito sia maturato oppure di carattere conformativo (tali, cioè, da perseguire la riqualificazione a standard adeguati di diligenza, perizia o prudenza).

Se infatti la risposta all'illecito, pur nella sua implicita onerosità, non è costruita *contro* il suo destinatario, ma è pensata come un progetto che implichi *chance* positive, torna a rendersi plausibile un atteggiamento dialogico da parte dello stesso indagato inteso a far sì che quel progetto possa assumere, dal suo stesso punto di vista, la migliore configurazione possibile.

Prospettiva, questa, invero per gran parte compromessa ove manchi qualsiasi orientamento normativo – così, oggi, nell'abito penale minorile *ex art.* 28 d.P.R. 448/1988 – circa i criteri di scelta tra la prosecuzione del processo secondo il binario tradizionale e la sua sospensione seguita dalla *messa alla prova*, che nel caso di esito soddisfacente estingue il reato.

Resta, in ogni caso, il problema del rapporto con l'accertamento delle responsabilità di un istituto (pur sempre incisivo sui diritti individuali) che può essere applicato, senza adesione del destinatario, nel corso del processo di primo grado.

A tal proposito appare congruo ritenere, in armonia coi principi generali, che il giudice debba aver già escluso, quando dispone la prova, la possibilità di un'assoluzione. Difficilmente, tuttavia, simile giudizio (che in sé non costituisce neppure una pronuncia di primo grado) potrebbe essere ritenuto insindacabile. Il che rende ragionevole l'ipotesi di ammettere il destinatario del provvedimento in esame a presentare appello, ferma la prosecuzione della prova, sul solo nodo della responsabilità: prevenendo, eventualmente, una procedura accelerata, ad esempio sul modello del ricorso al *tribunale della libertà*. Ciò in quanto non sarebbe serio concludere che il soggetto interessato, onde vedersi assolto, debba agire per il fallimento della prova e la conseguente riapertura del processo, rinunciando alla possibilità dell'estinzione.



c) S'è detto che se la risposta al reato ha contenuti progettuali, e non di riproduzione analogica della sua gravità, il dialogo non si configura più incompatibile *a priori* col processo. Peraltro, deve riconoscersi che resta difficile dar spazio a una sincerità senza riserve *dinnanzi al giudice*, posto che il compito del medesimo resta pur sempre quello di definire conseguenze onerose in rapporto all'illecito preso in esame.

Proprio per questo la modalità più idonea a permettere una rielaborazione veritiera dei fatti tra l'agente di reato e la vittima, così da recuperare il *vero* all'iter del processo, è quella che istituisce un contesto dialogico *esterno* al processo medesimo, seppure rilevante ai suoi fini. Un contesto nel quale la verità può tornare a trovar spazio in quanto il giudice non è presente, né gli verranno riferiti i contenuti del confronto fra le parti coinvolte: di quest'ultimo, piuttosto, egli riceverà una relazione che attesti la serietà e la qualità dell'impegno riconciliativo, così che ne possa tener conto ai fini degli esiti processuali.

Si tratta della proposta formulata dal giudice all'imputato e alla vittima (o a un soggetto esponenziale del bene che sia stato offeso) di accedere a una procedura di c.d. *mediazione penale*, utilizzata in Italia, finora, quasi esclusivamente nell'ambito del processo a carico di imputati minorenni: vuoi come fase inerente all'accertamento della personalità dell'indagato *ex art. 9 d.P.R. 448/1988*, date le modalità molto libere della medesima (con rilevanza del suo esito ai fini della dichiarazione di irrilevanza del fatto, *ex art. 27 della medesima normativa*, o ai fini del ricorso alla *prova*), vuoi come contenuto, fra gli altri, del progetto di messa alla prova.

L'unica previsione esplicita del ricorso a un ufficio di mediazione, contenuta all'art. 29, co. 4, d.lgs. 274/2000 (onde favorire, dinnanzi al Giudice di pace, il ritiro della querela), ha avuto infatti riscontri applicativi assai modesti. La norma resta nondimeno interessante poiché manifesta in modo singolare l'esigenza di escludere qualsiasi riflesso *in malam partem* del *vero* emerso nella fase conciliativa, proponendo l'assai curioso disposto secondo cui, ove tale fase sia guidata direttamente dal giudice (ipotesi se non altro eccentrica rispetto alla logica della mediazione), questi non dovrà in alcun modo tener conto di quanto udito durante tale fase ai fini dell'eventuale decisione.

Deve considerarsi, tra l'altro, che l'esito giuridico del ricorso positivo alla procedura di mediazione, ma anche alla *prova*, non necessita di essere costituito esclusivamente dall'estinzione del reato, ma può concretizzarsi in una gamma di effetti assai più ampia: il che facilita l'applicabilità di tali strumenti anche al di fuori dell'ambito costituito dai reati medio-lievi.

d) È tuttavia importante che l'apertura a dimensioni dialogico-riparative del sistema penale investa anche l'iter ordinario di conclusione del processo, in modo che la pena stessa possa assumere i contorni di un percorso piuttosto che quelli di una ritorsione.

A questi fini, risulta probabilmente ineludibile il ricorso a taluni aspetti del c.d. processo bifasico, in modo da permettere che la presa in esame di elementi relativi alle condizioni di vita e alla personalità dell'agente di reato, ma estranei alla colpevolez-



za del fatto¹³, avvenga dopo l'accertamento di quest'ultimo e delle connesse responsabilità, evitando di condizionarlo.

Su questa via si renderebbe tra l'altro possibile ciò che nel sistema attuale ordinariamente non avviene: cioè che la difesa discuta, nel processo, non solo del reato, ma anche della pena, alla luce dei fattori significativi attinenti alla persona che (se colpevole) subirà una condanna e, in genere, alle sue condizioni di vita.

Un'attività difensiva, questa, in pratica del tutto assente, poiché i patrocinatori ritengono che possa implicare – pur ove la si presenti nella veste di *subordinata* rispetto alla negazione delle responsabilità – come un'ammissione implicita di colpevolezza. Per cui abbiamo un processo che dà le pene, ma che, rispetto ad esse, non opera né una progettazione, né una discussione.

L'aspetto più importante e (culturalmente) difficoltoso del passaggio a una visione progettuale delle sanzioni penali, peraltro, è dato dal superamento dell'idea secondo la quale compito della pena sarebbe rendere manifesto in senso aritmetico, attraverso il *quantum* della detenzione o dell'onere pecuniario, il giudizio inerente alla gravità dei fatti illeciti commessi.

Senza dubbio il principio di legalità esige dal punto di vista garantistico che siano definiti, in rapporto alle caratteristiche concrete di quei fatti, limiti massimi attinenti sia alla durata, sia al contenuto delle sanzioni: non tuttavia nei termini di un corrispettivo massimo riferibile al reato, ma nei termini di un limite massimo della strategia di prevenzione-reintegrazione che appaia accettabile per quel reato.

La gravità di quanto accaduto costituisce il *presupposto* della pena, mentre per secoli è stato inteso come ciò che la pena sarebbe chiamata a visualizzare mediante la sofferenza che arreca. Ove lo si ritenga necessario, del resto, il giudizio sulla gravità del reato potrebbe essere espresso in modi alternativi: perfino inserendo nel dispositivo della sentenza una succinta esposizione dei peculiari profili di inaccettabilità sociale delle condotte offensive prese in esame¹⁴. A ben vedere, peraltro, la gravità del fatto illecito è resa manifesta dall'insieme nel suo complesso della vicenda processuale, di cui sono parte anche le conseguenze adottate. E, in questo quadro, la pena deve poter costituire un *lavoro* che si compie sulla gravità del reato: non il mezzo inteso a esprimere tale gravità.

Quanto sin qui s'è andato ipotizzando manifesta altresì l'esigenza che sia sottoposto a revisione il ruolo stesso finora attribuito alla discrezionalità giudiziaria, così da superare l'assunto assai radicato in forza del quale ogni margine di apprezzamento

¹³ Si consideri in proposito l'art. 29, co. 2, della bozza di riforma della parte generale del codice penale predisposta dalla Commissione Pisapia, ove si prevede che il giudice, nell'applicare pene di natura prescrittiva, possa acquisire «ai fini della decisione in ordine alle prescrizioni da applicare, le informazioni necessarie relative alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato».

¹⁴ Nella citata Commissione Pisapia se ne era effettivamente parlato, pur senza trarne conseguenze propositive.

non puramente quantitativo da parte del giudice in rapporto alla pena sarebbe da intendersi come una sorta di anomalia del diritto penale garantistico, essendosi identificato tale carattere con la formalizzazione in senso matematico delle conseguenze sanzionatorie.

In effetti, è intorno al recupero, nonostante il reato, della dimensione relazionale che si gioca la possibilità, per la pena, di non configurarsi come un intervento mirante all'esclusione sociale e, pertanto, di garantire, nonostante gli oneri a essa legati, che la dignità del condannato acquisti un rilievo non solo teorico. Ma, a questo fine, è ineludibile che il percorso sanzionatorio assuma talune caratteristiche per così dire contingenti, legate cioè ai profili e ai rapporti intersoggettivi propri della vicenda concreta. Caratteristiche nel cui contesto si colloca, del resto, la gran parte delle relazioni umane.

In questi termini la discrezionalità giudiziaria va pensata come elemento strutturale del sistema che applica sanzioni penali: senza riserve garantistiche in rapporto a una configurazione progettuale (o, se si vuole, costruttiva) delle scelte sanzionatorie, ove simile configurazione si collochi rigorosamente – com'è proprio della discrezionalità anche in altre discipline – entro l'ambito dei binari, delle linee guida, dei livelli massimi di intervento definiti dal legislatore: dunque, entro l'ambito di griglie più reali di quelle (in apparenza) rigide del sistema penale classico, che hanno finito per attribuire, in concreto, uno spazio amplissimo alla gestione giudiziaria delle sanzioni «quantitative»¹⁵, senza peraltro far sì che esse sappiano rendersi percepibili, al momento dell'inflizione, come *umanamente* pertinenti rispetto ai fatti (ai danni, ai dolori, alle angosce, alle nostalgie, ai rimorsi...) che si sono determinati.

Da ultimo, va posto in evidenza lo stretto legame che esiste tra il superamento della centralità finora assegnata alla pena detentiva e la diversificazione sia delle strategie politico-criminali, sia dei modelli stessi di costruzione delle fattispecie incriminatrici.

Estendere l'apparato sanzionatorio, anche attraverso tecniche che favoriscano l'emergere della verità circa le condotte antiggiuridiche, non è questione riferibile esclusivamente, dunque, alla fase esecutiva del diritto penale, ma costituisce requisito indispensabile per costruire in modo diverso l'intervento penale.

Non è pensabile, per esempio, che un serio controllo delle condotte pericolose – alternativo al modello irrazionale fondato sul reato colposo di evento¹⁶ – possa essere promosso facendo leva sul ricorso al carcere. E non è un caso, in quest'ottica, che un recente progetto di gestione della responsabilità medica di carattere colposo, con fini di contrasto della c.d. medicina *difensiva* indotta proprio dalle dinamiche punitive

¹⁵ Ai sensi degli artt. 73 e 74 del testo unico sugli stupefacenti, per esempio, l'ambito della pena applicabile in tale contesto dal giudice finisce per coincidere, in pratica, con l'intero ambito della durata che può ipoteticamente assumere la detenzione.

¹⁶ Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Mario Romano, Napoli, 2011.

tradizionali, utilizzi strumenti riconducibili al modello della mediazione penale¹⁷.

Lo schema della giustizia riparativa, d'altra parte, resta del tutto compatibile con la parallela utilizzazione di mezzi sanzionatori i quali, comportando a loro volta l'abbandono della logica di una pena deputata a infliggere sofferenza attraverso il ruolo egemone della detenzione, mirino a un contrasto finalmente efficace degli interessi materiali soggiacenti, nella grande maggioranza dei casi, alle condotte che assumano rilievo penale (si pensi alle pene pecuniarie per tassi, al ruolo cardine della confisca dei profitti illeciti, a un equilibrato utilizzo delle sanzioni interdittive, alla responsabilità per reato degli enti economici, *etc.*).

8. *Il ruolo antinomico della verità nella giustizia riparativa e nelle «collaborazioni di giustizia»*

Fino a oggi la disponibilità a dirsi *qualcosa di vero* dopo il reato ha visto concretizzarsi il suo limite pressoché invalicabile nella salvaguardia del principio *nemo tenetur se detegere*. Così che il tentativo dell'ordinamento di carpire elementi di verità dal soggetto sottoposto a indagini è stato condotto attraverso l'unica via rappresentata dall'offerta, in talune ipotesi previste dalla legge, di incentivi premiali onde acquisire *collaborazioni di giustizia*: dunque, al di fuori delle condizioni richieste dalla giustizia riparativa e senza alcuna incidenza sull'impianto del sistema sanzionatorio.

Gli strumenti della *restorative justice* permettono, come s'è detto, di non considerare indiscutibile questo stato delle cose. Resta la necessità, peraltro, di tenere nettamente separata la promozione del dialogo secondo verità come elemento di una gestione riparativa e riconciliativa dei fatti criminosi dal capitolo molto delicato concernente la cooperazione alle attività d'indagine.

In questo senso, il rilievo giuridico dell'apertura al vero entro l'ambito degli istituti di giustizia riparativa dovrà rimanere riferito esclusivamente ai comportamenti *propri*, privilegiando forme, come quelle tipiche della mediazione penale attuata in sede extragiudiziaria, che escludano l'utilizzabilità anche di fatto per fini d'indagine (e in particolare per fini d'indagine su *altre* persone) delle responsabilità ammesse.

9. *La verità come elemento di pacificazione*

Non va infine sottovalutata la circostanza per cui l'eventuale recupero della dispo-

¹⁷ Cfr. AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di G. Forti, M. Cattino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa, 2010.

nibilità a un dialogo veritiero dopo che siano state poste in essere condotte offensive appare in grado di ridurre le stesse iniziative di attivazione delle procedure giudiziarie – civili o penali – da parte di chi reputi d'aver subito un torto. C'è l'esigenza, pertanto, di offrire anche opportunità di mediazione aventi rilievo pre-giudiziale e, in particolare, pre-penalistico.

La nostra società propone infinite occasioni di lite o di mancato rispetto dei diritti altrui, ma quasi non conosce agenzie di riconciliazione. Eppure c'è, in essa, una domanda latente, alla quale si deve dare risposta, di logiche che superino lo schema del contrasto insanabile, in favore di una pacificazione fondata sulla verità.

Non è un caso, da questo punto di vista, che alcuni paesi segnati da dolorosissime guerre civili e perfino da pratiche di genocidio abbiano inteso segnalare, in questi anni, la speranza di modalità relazionali nuove sul piano socio-politico attraverso l'abolizione della pena di morte e sovente (in base al ben noto modello sudafricano) attraverso l'attività delle commissioni *verità e riconciliazione*.

L'ordinamento giuridico non può imporre la responsabilizzazione, la riparazione e tantomeno il perdono: ma spesso si è escluso troppo affrettatamente che ne possa, e ne debba, creare le condizioni.

Lungo questa via l'emergere di un interesse prioritario delle vittime a *fare verità* sui fatti commessi, il che esige dimensioni dialogiche non surrogabili dal mero accertamento storico dei fatti, appare di rilievo fondamentale. Come sottolinea Desmond Tutu, citando un'espressione di Henri Nouwen, tante volte chi è stato ferito ha saputo essere guaritore di una società a sua volta ferita¹⁸.

¹⁸ Si vedano le parole conclusive di D. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono (No Future without Forgiveness, 1999)*, trad. it. di E. Dornetti, Milano, 2001, p. 213.



Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011

