

queste istituzioni

**La giustizia riparativa nella Riforma
Cartabia, alla prova della Costituzione.
Alla costante ricerca di una soluzione
costituzionalmente preferibile**

Anna Lorenzetti

Numero 3/2025

6 ottobre 2025

La giustizia riparativa nella Riforma Cartabia, alla prova della Costituzione. Alla costante ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile

di Anna Lorenzetti*

Sommario

1. Cenni di inquadramento. - 2. Le possibili tensioni costituzionali. - 2.1. Le tensioni costituzionali in materia di giurisdizione e processo. - 2.1.1. La necessaria rilettura del processo e i suoi connotati costituzionali. - 2.1.2. Il giusto processo: il principio del contraddittorio e la parità delle parti alla prova della Riforma. - 2.1.3. La tensione di autonomia, terzietà e imparzialità della magistratura. - 2.2. Diritto di difesa e diritto d'azione. - 2.3. La presunzione di non colpevolezza tra ammissione degli elementi essenziali del fatto e riconoscimento della responsabilità. - 2.4. Principio di legalità: *nullum crimen sine lege*? - 2.5. Finalità della pena: la giustizia riparativa come superamento della rieducazione? - 2.6. Diritti e libertà individuali: il faticoso confronto tra *habeas corpus* e giustizia riparativa. - 3. Le necessità di un dialogo per un'interpretazione conforme a Costituzione della Riforma Cartabia.

Sintesi

Lo scritto analizza i profili di dubbia compatibilità costituzionale della Riforma Cartabia sulla giustizia riparativa. Mettendo a tema l'impatto che la sua applicazione sta generando sia su alcune questioni teoriche (le nozioni stesse di giurisdizione, processo, l'autonomia, terzietà e imparzialità della magistratura, l'assetto dei diritti e delle libertà coinvolte), sia sugli aspetti pratici, lo scritto prova a proporre la via di una mitigazione dei rischi innescati da questa epocale novità normativa, attraverso un rafforzamento dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Abstract

How does the so called Cartabia Reform on Restorative Justice relate to the rules of due process? What impact does the Reform have on the autonomy and independence of the judiciary power? And which is the effect on the rights and freedoms constitutionally protected? Starting from these questions, the paper analyses how the recent Cartabia Reform draws a tension with the Italian Constitution and its rules and principles and which could be a possible way to reduce risks and dangers on the persons involved and on the system.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bergamo. L'autrice desidera ringraziare la professoressa Elena Mattevi, Università degli Studi di Trento, e il dottor Filippo Vanoncini, Centro InConTra-Bergamo, per la preziosa rilettura e gli importanti spunti offerti.

Il presente scritto anticipa un lavoro destinato a confluire nel volume di raccolta degli atti dei Seminari organizzati presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma-Tre (organizzati dai professori Antonio Carratta, Mario De Caro, Giorgio Pino), dal titolo "Dentro il giudizio. Dialoghi di diritto e filosofia-4", in particolare nella giornata dedicata a "Giustizia riparativa: Tra giurisdizione e Costituzione".

Parole chiave

Giustizia riparativa; Riforma Cartabia; Vittima; Costituzione.

Keywords

Restorative Justice; Cartabia Reform; Victim; Constitution.

1. Cenni di inquadramento.

Trascorso oramai un triennio dall'approvazione Riforma c.d. "organica" in materia di giustizia riparativa e nell'imminente avvio di una sua sistematica applicazione¹, il presente scritto intende proporre una riflessione sui profili di tensione rispetto ai principi costituzionali, anche alla luce di quanto emerso dalla giurisprudenza.

Come noto, risale al 2022, l'introduzione generalizzata della giustizia riparativa, nell'ambito di un intervento – tanto in ambito civile quanto penale – pensato al fine di rispondere alle richieste di maggiore efficienza provenienti dall'Unione europea e connesse alle scadenze dei fondi del Piano nazionale per la ripresa e resilienza (in sigla, P.N.R.R.)². Caratterizzando l'ordinamento italiano come «eccezione nel panorama internazionale»³, la Riforma, che deve il nome all'allora Guardasigilli, Marta Cartabia, ha infatti previsto la possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale, come pure nell'esecuzione della pena e della misura di sicurezza, per qualsiasi tipologia di reato, prescindendo dalla sua gravità, come pure da caratteristiche soggettive dell'autore o della vittima⁴.

2. Le possibili tensioni costituzionali.

Rinviando ad altri lavori l'analisi degli aspetti problematici della Riforma⁵, ciò che si intende approfondire in questa sede è piuttosto la tensione che si profila con la Costituzione e le vie di mitigazione ipotizzabili. Non è certamente possibile condividere l'apodittica posizione di alcuni

¹ È infatti oramai conclusa la procedura di accreditamento dei Centri che saranno a breve operativi.

² V. D. Lgs. 10.10.2022, n. 150, di «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Si ricordi che con l'approvazione di un ulteriore atto normativo, l'entrata in vigore è stata sospesa e rinviata al 31.12.2022 (D.-I. 31.10.2022, n. 162 «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali»).

³ E. MATTEVI, *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Un'introduzione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove applicazioni. Atti del Convegno Trento, 20-21 settembre 2024*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza-Università di Trento, 2025, 3.

⁴ Art. 44, co. 2. La disposizione precisa come si possa accedere pure dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-bis c.p.p., o per intervenuta causa estintiva del reato. Per i reati perseguibili a querela, anche prima della proposizione (art. 44, co. 3).

⁵ Sia consentito rinviare a *La Riforma Cartabia, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione*, in *Ambiente e Diritto*, 2023, 4, pp. 1-23.

commentatori che sbrigativamente rifiutano persino di considerare l'ipotesi di una messa a rischio di presidi costituzionali⁶, neppure essendo pensabile il rifiuto *tout court* della Riforma che è legge dello Stato, sembrando piuttosto necessario problematizzare i contenuti della nuova normativa e il loro impatto, per come attestato dalla giurisprudenza già intervenuta in questo primo triennio e indicativa di alcune fragilità. Per quanto si condivide l'idea di un radicamento della giustizia riparativa nel costituzionalismo «da intendersi come limite alla violenza e allo Stato, e come primato della persona e della comunità»⁷, non può infatti essere elusa la necessità di un continuo confronto con le categorie del diritto costituzionale che non si accontenti di una compatibilità sul solo piano teorico, ma affronti invece un'analisi rispetto a quanto emerge sul piano pratico. È infatti la continua verifica di questa compatibilità a dover essere oggetto di analisi, soprattutto in una fase, come quella attuale, in cui la frenetica e disomogenea formazione della giurisprudenza sta dando vita a un diritto vivente che palesemente contrasta con i principi generali sulla giustizia riparativa per come derivati dal sistema sovranazionale al cui interno essa ha preso forma e che pure la legge interna richiama⁸.

2.1. Le tensioni costituzionali in materia di giurisdizione e processo.

Nel tentativo di sistematizzare i diversi profili di possibile tensione costituzionale, un primo passaggio è rappresentato da una riflessione circa la giurisdizione e le connesse nozioni di processo, pena, imputato o reo, vittima, considerando come la Riforma ha introdotto un nuovo paradigma di giustizia, complementare e non alternativo alla giustizia tradizionale, pure se in alcuni casi le disposizioni si interfaccino con l'assetto tradizionale, ad esempio producendo l'estinzione del reato, della pena e la definizione del processo⁹.

2.1.1. La necessaria rilettura del processo e i suoi connotati costituzionali.

Nell'ambito di un'analisi sulla giurisdizione, un primo passaggio è rappresentato da una rilettura della struttura ontologica del processo, poiché esso non rappresenta più soltanto lo spazio

⁶ Ritieni che sia insussistente la messa a rischio di presidi costituzionali, M. PASSIONE, *Giustizia riparativa e persona indicata come autore dell'offesa*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d. lgs. n. 150/2022 – d. lgs. n. 31/2024)*, Torino, Giappichelli, 2024, 116.

⁷ R. BARTOLI, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2025, 5.

⁸ Si pensi a come la giurisprudenza sta interpretando la contrarietà della vittima e la possibilità di dare vita a un programma riparativo in presenza di una vittima aspecifica o in assenza di una vittima. Il lavoro richiederebbe una ricostruzione certosina delle decisioni già intervenute, ma v. F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2025, 223 ss. e G. LOSAPPIO, *La giustizia riparativa e i reati senza vittima. Teorie, prassi e nuove prospettive*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 156; G. RUGGIERO, *Giustizia riparativa: le prime applicazioni/contraddizioni in tema di "reati senza vittima"*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1082.

⁹ Secondo P. MAGGIO, *L'incedere lento della GR e le prime risultanze giurisprudenziali*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 333, invece, «La giustizia riparativa vive piccoli momenti di coabitazione processuale, non altera la struttura e le finalità del rito che rimangono assolutamente prevalenti e orientate dal *favor rei* e dalla presunzione di non colpevolezza».

temporale in cui si accertano la verità processuale e le responsabilità individuali per una condotta qualificata come reato, ma diviene anche un luogo in cui si verifica la percorribilità di un incontro e di un dialogo fra autore, vittima e comunità, per (tentare di) ricomporre la frattura generata dall'offesa e di risolvere le «questioni derivanti dal reato»¹⁰, in una tensione volta a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, a responsabilizzare la persona indicata come autore dell'offesa e a ricostituire i legami con la comunità¹¹.

Pare dunque necessario distinguere l'idea del processo tradizionalmente intesa, dal processo inteso come “occasione” al cui interno gemmano le possibilità offerte dal percorso riparativo, quanto meno per mitigare il rischio di una confusione di categorie appartenenti a universi differenti¹².

Certamente, la Riforma mette in tensione la purezza cognitiva del processo¹³, richiamandosi l'eventualità in cui il giudice possa essere sollecitato a inviare le parti presso i Centri a fini deflattivi, così da “liberarsi” del processo, ma con effetti distorsivi degli obiettivi alla base della giustizia riparativa. Palese appare così il rischio che il giudice possa far pesare – sulla persona imputata – l'eventuale ritrosia verso il percorso riparativo¹⁴, rischio che la dottrina ha ritenuto però non fondato in ragione dell'effetto non deflattivo dell'accesso a programmi riparativi¹⁵, intendendosi come problematica tale ricostruzione per i dubbi che profila sulla correttezza dell'operato del giudice¹⁶. Restano però da constatare alcuni aspetti, di cui il primo riguardante l'ipotesi della sospensione del processo che, sia pure consentita in un numero limitato di casi, rappresenta una vicenda inusuale, tanto più considerando che i programmi riparativi si svolgono esternamente al processo, anche fisicamente collocandosi al di fuori dei luoghi in cui

¹⁰ Art. 42, co. 1, lett. a, d.lgs. 150/2022. Si tratta di un'espressione derivante, con ogni probabilità, dalla traduzione dell'inglese *matters*, in uso nei documenti internazionali, tra cui v. *inter alia*, *UN Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC Resolution 2002/12) (I.2), che ha però significato e portata ben più ampi e certamente poco adatta a un testo giuridico.

¹¹ Sono dunque tre le finalità tipiche, ossia reintegrativa per l'autore dell'offesa, di cura per la vittima, risanante per la società, al fine di raggiungere il c.d. «esito riparativo» (art. 43, co. 2, d. lgs. 150/2022).

¹² È ben evidente tale aspetto a partire dalla non sovrapposizione fra le figure della riforma e le figure del processo, anche rispetto all'evocazione del danno che è figura civilistica, come sottolinea L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale: un rapporto che si evolve tra promesse e incomprensioni*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 51 ss.

¹³ F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. Il significato dell'apertura del sistema penale alla riparazione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 17-18. L'a. ha altresì rilevato il possibile rischio di inquinamento processuale prodotto dall'innesto riparativo, in *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 39.

¹⁴ Dire che «l'allestimento di questo “cordone sanitario” legislativo contro il rischio di inquinamento della purezza cognitiva del processo penale non esclude però che, di fatto, l'innesto della giustizia riparativa nella dinamica processuale possa di fatto condizionare le valutazioni e il comportamento del giudice» pare infatti confermare la problematicità della questione; così, F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 43.

¹⁵ Fanno eccezione le aspettative deflattive rispetto ai reati perseguibili a querela in cui il positivo esito del programma riparativo porta all'estinzione del reato.

¹⁶ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 34.

l'amministrazione della giustizia si esercita tradizionalmente, e con "regole" proprie¹⁷, molto distanti da quelle tipiche della giurisdizione¹⁸. In secondo luogo, deve essere considerata con cautela la trasfusione nel processo penale dell'esito riparativo, che comprende «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti»¹⁹, posto il possibile impatto che ne deriva sull'accertamento, anche implementando gli elementi di valutazione a disposizione del giudice quando forma il proprio libero convincimento²⁰.

Si tratta certamente di elementi che possono portare a una progressiva rilettura del processo per come tradizionalmente inteso e rispetto a cui può riconoscersi una alterità quanto ai meccanismi operativi della giustizia riparativa, comunque emergendo plurimi profili di tensione costituzionale.

2.1.2. Il giusto processo: il principio del contraddittorio e la parità delle parti alla prova della Riforma.

Tra i principi in materia di giurisdizione che vengono in causa ai fini di una verifica di compatibilità costituzionale della giustizia riparativa, il giusto processo è di rilievo per i numerosi aspetti in cui si declina²¹. Si pensi all'impostazione triadica che la giustizia riparativa configura, in ragione del rafforzamento del ruolo della vittima che, da sempre assente nel processo penale, entra invece a pieno titolo nel programma. Si pensi ancora al conseguente rischio di una privatizzazione della giustizia anche in ragione dell'ingresso della nuova figura del mediatore e dei Centri per la giustizia riparativa, erogatori di un servizio pubblico, ma potenzialmente espressione del privato sociale e del volontariato²². L'ipotesi di un potenziale allentamento del ruolo punitivo dello Stato che apra al rischio di privatizzare lo *iuris dicere*, per quanto meramente astratta per le ampie garanzie in senso contrario che la Riforma sulla carta contiene, è comunque da respingere

¹⁷ R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei percorsi di giustizia riparativa*, in *Sistema penale*, 17 febbraio 2023, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/muzzica-ruolo-autorita-giudiziaria-giustizia-riparativa>.

¹⁸ F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 16, sottolinea la forte eterogeneità e addirittura incompatibilità per la diversità oppositiva delle caratteristiche dei due distinti procedimenti: «la giustizia riparativa presuppone la consensualità delle parti e si svolge lungo itinerari altamente deformalizzati e irrutuali; la giustizia punitiva procede, al contrario, attraverso il contraddittorio e la conflittualità tra le parti secondo moduli altamente formalizzati e ritualizzati dal codice, appunto, "di rito"». La stessa giurisprudenza di legittimità ha definito la giustizia riparativa come «un servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale, che talora risultano incompatibili con queste ultime» (Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595).

¹⁹ Art. 42, co. 1, lett. e, d.lgs. 150/2022 e art. 56, d.lgs. 150/2022.

²⁰ P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit. 172. Rileva perplesso G. INSOLERA, *Sulla giustizia riparativa*, Esi, Napoli, 2023.

²¹ Ritieni che siano «ampiamente salvaguardati tutti i canoni costituzionali del giusto processo», P. MAGGIO, *L'incedere lento della GR*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 354. Sul tema, v. A. PRESUTTI, *La giustizia riparativa alla prova alla prova del processo penale*, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2023, p. 8 ss.

²² Art. 63, d. lgs. 150/2022.

senza mezzi termini poiché finirebbe per compromettere uno degli assi portanti dello Stato di diritto. Neppure potrebbe ammettersi l'ipotesi che il processo possa raccogliere le istanze della vittima, al fine di soddisfare le sue pretese²³, o che la giustizia sia praticata da chi non è incardinato nell'ambito dell'amministrazione a ciò deputata²⁴, legittimando l'ingresso dei mediatori in un percorso che, di fatto, è interno alla giurisdizione²⁵ e generando l'interrogativo del *se e fino a che punto* la loro presenza e il ruolo del Centro per la giustizia riparativa siano compatibili con l'assetto che la Costituzione delinea. L'ingresso di persone terze all'amministrazione della giustizia, in un contesto che oltretutto non le vede inserite in un procedimento verificabile o contestabile e di cui andranno accertati gli aspetti di responsabilità quanto alle decisioni assunte e alle valutazioni compiute, profila dubbi di compatibilità costituzionale, emergendo con forza la tendenza della riforma organica a sottrarre spazi al contraddittorio.

Più che sul piano teorico, è nella pratica che dovrà essere garantito tale aspetto, poiché in ipotesi la normativa rimette sì al contenuto della relazione redatta dai mediatori esiti anche fortemente impattanti sul processo²⁶, ma lascia sempre al solo giudice – e dunque al presidio pubblicistico – la completa libertà di valutare l'esito – anche positivo – del percorso svolto.

Permane comunque il rischio che la Riforma possa tradursi, per l'imputato, in un passaggio aggiuntivo al procedimento penale, un «onere gravoso di contenere il dolore di chi si ritiene vittima»²⁷, coinvolgendo il tema della durata del processo (per i soli reati perseguibili a querela in cui può esservi una sospensione) e in generale dei canoni del giusto processo.

Ma è la stessa formulazione della Riforma che richiama l'assenza di un tempo prestabilito a essere non conciliabile con i principi del giusto processo e in particolare con la struttura – inevitabilmente rigida e predeterminata – dei tempi processuali. La legge si riferisce ad esempio alla «garanzia del tempo necessario allo svolgimento del programma stesso»²⁸ che appare ovvia conoscendo il tema, dunque l'importanza che non vi siano scadenze temporali rigidamente prestabilite, dovendo piuttosto seguire le esigenze e i bisogni delle persone coinvolte²⁹, ma assai meno potrebbe risultare a un giudice chiamato a gestire il processo, anche sulla base delle “risposte” attese dai mediatori da valutare nella costruzione del proprio libero coinvolgimento.

Quanto alla possibile rilettura del principio della parità tra le parti, intendendosi come “parti” la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima³⁰, appare evidente l'intollerabilità

²³ Così si esprime M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, Milano, Giuffrè, 2024, 417.

²⁴ V. il mio risalente *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, FrancoAngeli, Milano, 2018, 179 ss.

²⁵ Si ricordi l'ipotesi di estinzione del processo o del reato.

²⁶ Art. 57, d. lgs. 150/2022.

²⁷ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 410.

²⁸ Art. 43, co. 1, lett. h), d.lgs. 150/2022.

²⁹ D. lgs. 31/2024.

³⁰ Art. 43, co. 1, lett. b), d. lgs. 150/2022.

rispetto all'art. 111 Cost., a valle di una lettura tradizionale del processo. È invece possibile formulare un diverso giudizio se la parità delle parti venga intesa in una forma inedita, ossia come parità di parola, come equa considerazione degli interessi che vengono in causa, assai distante da quella prevista fra accusa e difesa nel senso classico. La compatibilità a Costituzione di questa prospettiva deriverebbe infatti dall'essere una parità affermata sulla carta, ma comunque cedevole rispetto alla posizione giuridica della persona accusata, indagata o condannata che deve sempre prevalere per evitare il rischio di una erosione della sua libertà personale³¹, in contrasto con le istanze garantiste su cui la Costituzione poggia.

È vero che, a garanzia della parità delle parti, la Riforma afferma l'equiprossimità dei mediatori³², per quanto non possa di certo escludersi, come mostrato dagli studi in materia, un prevalere delle esigenze dell'una o dell'altra parte, anche per il *background* formativo dei mediatori stessi o per una loro diversa sensibilità, aspetto su cui fondamentale sarà la formazione prevista per l'ingresso e per la permanenza nell'elenco³³.

Anche la disposizione prevista nell'ambito dei principi generali e obiettivi secondo cui i «programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità»³⁴ pare in tensione con il principio del contraddittorio nel caso di invio d'ufficio da parte del pubblico ministero³⁵, senza riconoscimento di una posizione paritaria rispetto all'imputato cui non sono riconosciuti tali poteri.

Nel suo rappresentare una parentesi del contraddittorio, lo stesso invio presso il Centro deve essere messo a tema come potenziale *vulnus*³⁶, di fatto consentendo di sottrarsi – seppure temporaneamente – alla fase della cognizione, prevedendo meccanismi premiali che rischiano di scoraggiare le parti nell'azione per far valere i propri diritti³⁷ e sembrando emergere il sotterraneo

³¹ Ad es. può essere disposto l'invio d'ufficio anche contro il parere della vittima e in assenza della vittima.

³² Art. 43, co. 1, lett. g), d. lgs. 150/2022.

³³ V. d.m. 9 giugno 2023, «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa»; d.m. 9 giugno 2023, «Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività».

³⁴ Art. 43, co. 2, d. lgs. 150/2022.

³⁵ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 202.

³⁶ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 56.

³⁷ Per le sole fattispecie perseguibili a querela, il meccanismo sospensivo ha subito una modifica che ha esplicitato la previsione di consentire lo svolgimento del programma di giustizia riparativa, con sospensione dei termini ai fini dell'improcedibilità, della prescrizione e di quelli custodiali. L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 63.

obiettivo di una rapida definizione della questione³⁸, riconducibile a quella affermazione di una “ideologia dell’armonia”³⁹, dettata anche da ragioni di economia processuale e politica del diritto, ma pure per finalità di ricomposizione dei conflitti al di fuori del processo.

Nel suo insieme, occorre interrogarsi sul *se e fino a che punto* il principio del giusto processo venga leso dall’ingresso di soggetti terzi (mediatori, vittima, comunità) nel processo e dal peso del ruolo loro riconosciuto dalla Riforma, dal diverso posizionamento di pubblico ministero, vittima e indagato rispetto all’accessibilità ai percorsi, nonché dalla possibilità di creare uno spazio temporale di sospensione del processo.

Il dubbio che le attività poste in essere durante i programmi riparativi – condotti e valutati nel loro esito da chi è al di fuori della magistratura – siano in tensione con la riserva di giurisdizione e, in generale, rispetto ai principi in tema di *ius dicere*, tra cui il contraddittorio, ma pure il diritto alla difesa, dunque in generale le regole sul giusto processo⁴⁰, non può essere archiviato come pretestuoso. Neppure può ritenersi bastevole la considerazione per cui la giustizia riparativa rappresenta qualcosa di “altro”, poiché si pretenderebbe una fiducia fideistica in un’attività che avviene a porte chiuse, gestita da soggetti estranei alla giurisdizione, con un potenziale impatto significativo sul processo, ma in assenza delle garanzie di cui questo gode. Interessante sul punto è però la prospettiva di chi ha ritenuto plausibile la riduzione delle garanzie collegandola alla riduzione della violenza che la giustizia riparativa porta con sé rispetto alla giustizia punitiva e proprio in quanto capace di metterne in crisi i caratteri violenti e afflittivi. Se, infatti, le garanzie nascono per contenere la violenza, è ben possibile ipotizzare un loro allentamento a fronte di una diminuzione della violenza, con la conseguenza paradossale per cui è il restare legati alle garanzie che determina anche il restare legati alla violenza, al contrario prospettandosi quale vera garanzia la diminuzione della violenza⁴¹.

³⁸ O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. Pen.*, 2022, 2, 23.

³⁹ L. NADER, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Chicago, Stanford University Press, 1991.

La questione è assai complessa e si offre a una profonda diversità di letture a seconda della prospettiva che si intende assumere. La mediazione umanistica, che trova il suo testo di riferimento nell’opera di J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, FrancoAngeli, 2003, ha in sé uno sguardo che porta all’elogio del conflitto e rispetto a cui critico è stato Adolfo Ceretti nel rilevare una debole attenzione verso lo sconvolgimento che l’incontro può portare (v. A. CERETTI, con N. NISIVOCIA, *Il diavolo mi accarezza i capelli. Memorie di un criminologo*, Milano, Il Saggiatore, 2020). Secondo l’autore, che richiama l’*Elogio del conflitto* (di M. BENASAYAG, A. DEL REY, edito per Feltrinelli, 2018), «[l]o spirito della mediazione non coincide con uno spirito conciliativo rispetto agli altri, come se la conciliazione fosse sempre doverosa e auspicabile» (p. 133).

Va peraltro tenuta distinta la risoluzione pacifica dei conflitti, pure in presenza di pratiche che hanno alcune similitudini.

⁴⁰ O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26.

⁴¹ Secondo R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa. Ovvero una replica alle critiche mosse alla giustizia riparativa*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 81 ss., se vi è una riduzione delle garanzie «non è perché si colloca dalla parte del potere, ma al contrario perché si basa su una riduzione della violenza, con la conseguenza che la giustizia riparativa

Per quanto la Riforma abbia certamente mitigato gli aspetti critici a essa preesistenti riguardanti le modalità di accesso, diversità di formazione, garanzie di professionalità, preparazione, indipendenza ed equidistanza⁴² dei mediatori, non più lasciando l'attività alla completa informalità⁴³, non può tuttavia dirsi del tutto superata la possibile frizione rispetto ai presidi costituzionali esistenti in tema di giurisdizione che nel caso di specie sembrano subire un indebolimento⁴⁴, per quell'insieme di regole codificato dalla Riforma e che vede uno strumentario atecnico entrare a gamba tesa nei tribunali⁴⁵.

In generale, è l'istituzionalizzazione di strumenti espressione dell'*informal Justice* a doversi guardare con cautela, posto che essi possono divenire dispositivi di potere che svantaggiano la parte debole del conflitto⁴⁶. La questione si è posta con particolare problematicità rispetto ai reati espressione di violenza di genere⁴⁷ e a quelli che si collocano nell'ambito della criminalità organizzata, specificamente di stampo mafioso⁴⁸. Per ragioni diverse, in entrambi i casi si tratta di condotte profondamente segnate da disparità di potere che chiederebbero una particolare cautela e una specifica formazione dei mediatori, data invece per scontata dalla legge⁴⁹ e tale da poter impattare sul principio della parità delle parti.

non mina le garanzie, ma mina la violenza e il potere, rispetto ai quali operano le garanzie». Anche secondo F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 17, «se si decide di aprire la porta alla giustizia riparativa, è poi poco realistico pensare di far penetrare nei suoi percorsi tutte o anche solo in parte le caratteristiche della giustizia punitiva, a cominciare proprio da quelle garanzie che implicano un grado alto di formalizzazione».

⁴² Rinominata in equiprossimità dall'art. 43, co. 1, lett. g), d. lgs. 150/2022.

⁴³ A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 120 ss.

⁴⁴ Non condivisibilmente, ritiene invece che con la Riforma ci sarebbero più garanzie processuali sia nella cognizione, sia nell'esecuzione, V. ALBERTA, *Giustizia riparativa così si mette un freno a monetizzazione e "vittimocrazia"*, in *ildubbio.news*, 22 settembre 2023.

⁴⁵ Art. 56, d.lgs. 150/2022.

⁴⁶ Si pensi ai minori o alle vittime di violenza di genere. Ma il tema dei soggetti vulnerabili è piuttosto ampio: M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015; ID., *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2018, 553; M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 20; A. MASSARO, *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *Genius*, 2025, 13 ss.; L. PARLATO, *Vulnerabilità e processo penale*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, 2021, 428.

⁴⁷ V. sul tema il focus coordinato da Valentina Bonini, *Giustizia riparativa e violenza di genere: una relazione pericolosa?* e pubblicato su *Sistema penale*, 9 dicembre 2024, con i contributi di E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e violenza di genere. Brevi considerazioni su una relazione possibile, a certe condizioni*; E. BIAGGIONI, *Giustizia riparativa e violenza di genere. Una relazione tossica e pericolosa*; A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e violenza di genere. Spunti per un confronto non più eludibile*.

⁴⁸ G. MANNOZZI, *Il difficile cammino della mediazione penale nelle aree geografiche ad elevata criminalità organizzata: analogie e differenze tra la mediazione penale moderna e gli schemi arcaici di mediazione mafiosa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Ed. Scientifica, 2013, 239 ss.; F. VANONCINI, *Giustizia riparativa e crimine organizzato: un percorso possibile?*, in A. PATANÈ (a cura di), *Memoria e riparazione. A trent'anni dalle stragi, sguardi verso un futuro di libertà dalle mafie*, Pacini, Pisa, 183; volendo *Criminalità organizzata, ambiente e giustizia riparativa: alla ricerca di una difficile conciliabilità*, in M. CANCIO MELIÀ, L. CORNACCHIA (a cura di), *Ecomafie. Crimine organizzato, business e ambiente*, FrancoAngeli, Milano, 2024, pp. 225-242.

⁴⁹ Così si è espresso pubblicamente Francesco Menditto, Procuratore della Repubblica di Tivoli, nel corso di una trasmissione in onda su Radio 24, *Uno, nessuno, centomila*, del 29 settembre 2023.

2.1.3. La tensione di autonomia, terzietà e imparzialità della magistratura.

Nel valutare la sua compatibilità a Costituzione, la Riforma impone altresì di considerare la figura del giudice, quanto all'effetto prodotto sulla sua autonomia, terzietà e imparzialità. Egli è investito di una nuova competenza ossia la possibilità di inviare d'ufficio le parti ai Centri per la giustizia riparativa, con conseguente eventuale sospensione del procedimento per i reati perseguibili a querela. Secondo taluno, la posizione del giudice ne risulterebbe indebolita, alla luce della "cessione" delle decisioni ai mediatori cui spetta la risoluzione delle "questioni" che derivano dall'offesa; il giudice ne risulterebbe dunque de-responsabilizzato, poiché potrà sì decidere ma sulla base dell'esito riparativo valutato da altri, i mediatori, in assenza di una possibile verifica degli effettivi contenuti e "traguardi" degli incontri, per come raccolti nella relazione⁵⁰.

È peraltro dotata di un'autonoma problematicità la previsione volta a garantire che l'esito negativo del programma o la mancata partecipazione non influenzino il giudice nel giungere alla decisione. Per quanto sia così affermato dalla normativa⁵¹, pare difficile offrire la piena garanzia sul piano pratico, sia perché le persone potrebbero venir meno a quel dovere di riservatezza che viene affermato nella Riforma, sia perché esso stesso non è assoluto. La normativa non vieta infatti ai mediatori di testimoniare in giudizio, ma soltanto riconosce che non possano esservi obbligati, comunque lasciando aperto un vistoso spiraglio che mette a rischio la tenuta stessa del sistema della giustizia riparativa, che proprio sulla confidenzialità degli incontri e sulla loro riservatezza si basa. Anche ipotizzando che i mediatori rispettino sempre la deontologia del proprio operare e che non commettano errore alcuno, non possono comunque darsi per scontate la riservatezza e confidenzialità di tutti coloro che partecipano al programma, ad esempio quale vittima o quale osservatore, non potendosi escludere che nel giudizio sia riportato quanto appreso negli incontri; neppure può escludersi che il giudice venga influenzato se messo a conoscenza di fatti e vicende emerse negli incontri, essendo ben distinte la non utilizzabilità giuridica e la non utilizzabilità materiale e ricordando pure che egli è informato circa l'andamento del programma⁵². Se certamente l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del

Si rileva l'intervento del legislatore per precludere l'accesso a chi stia scontando la pena in regime di 41-bis, per quanto non sembra che l'impianto generale sia soggetto a ripensamenti (v. art. 41-bis, co. 2-quater, lett. f)-bis, o.p., aggiunta dall'art. 7, co. 1, lett. a), d.l. 92/2024, conv. in l. 112/2024).

⁵⁰ Parla di «rapportino sintetico» che viene consegnato al giudice, M. DONINI, *Delitto riparato e pena agita come categorie generali*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 59. V. R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 99 ss., che analizza le ragioni dell'attribuzione al giudice di un così ampio potere e propone alcuni correttivi interpretativi per evitare che la Riforma risulti svuotata.

⁵¹ Secondo l'art. 58, co. 2, d.lgs. 150/2022, infatti, in «ogni caso, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa».

⁵² L'art. 57, co. 2, d.lgs. 150/2022, stabilisce infatti che «Il mediatore comunica all'autorità giudiziaria procedente anche la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo».

programma è garantita a livello formale, permane il non secondario rischio che, sul piano materiale, così non sia, posto che non sono previsti meccanismi volti, ad esempio, a imporre una modifica del collegio giudicante per evitare qualsiasi *vulnus*.

Sulla carta, la Riforma pare salvaguardare l'autonomia del giudice che *può*, ma non *deve* disporre l'invio delle parti presso il Centro, ponendosi dunque come filtro a un accesso generalizzato. La legge preserva pure l'autonomia di giudizio del giudice che *può* ma non *deve* tenere conto del programma riparativo, anche se positivamente svolto, e dell'esito del percorso raccolto all'interno della relazione che al giudice viene trasmessa ai fini delle valutazioni del caso, previsione pensata ancora a garanzia della sua imparzialità e indipendenza rispetto ai mediatori e alle parti tutte, nonché del carattere pubblicistico dell'azione⁵³.

Se da un lato può dirsi indebolito il ruolo del giudice, dall'altro esso ne risulta paradossalmente rafforzato poiché a lui fa capo, e in via esclusiva, l'invio presso i Centri e il ruolo di filtro nell'ingresso nel programma, nonché la valutazione circa il peso da dare all'eventuale esito riparativo e al positivo svolgimento del programma⁵⁴. Spetta inoltre al solo giudice di valutare l'alternativa alla pena classica da proporre alla persona imputata, essendo valorizzato il ricorso alla riparazione personale o prestazionale, al recesso attivo, all'oblazione speciale, alle condotte riparatorie che privilegiano la riparazione rispetto alla punizione, spesso però attraverso strumenti civilistici. Si tratta dunque di una nuova funzione che il giudice esercita e su cui decide con atti definitivamente considerati di natura giurisdizionale⁵⁵.

Un rapido cenno è necessario a fronte della constatazione di come la giustizia riparativa porti con sé meccanismi abdicativi o comunque l'ingresso – *latu senso* – dei privati⁵⁶, mitigando quel principio dell'obbligatorietà dell'azione penale che, per quanto nella pratica già superato da tempo, rappresenta comunque un tassello delle garanzie previste in tema di giurisdizione.

Tra queste, vi è pure la sottoposizione del giudice *solo* alla legge, in attuazione dell'indipendenza della magistratura, a garanzia dell'imparzialità delle decisioni assunte e, in ultima analisi, della separazione dei poteri, che non pare a rischio per la formulazione della Riforma; il giudice infatti mantiene la libertà nella costruzione del proprio convincimento e nella

⁵³ Secondo M. DONINI, *Delitto riparato e pena agita come categorie generali*, cit., 59, se la Riforma avesse previsto un automatismo di effetti come seguito dell'esito positivo, vi sarebbe stato il rischio di privatizzazione e il confinamento del giudice a mero notaio.

⁵⁴ Criticamente, F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 17, rileva la timidezza della Riforma «nel non osare togliere dalle mani del giudice la giustizia riparativa... *garante* nei confronti di un meccanismo che evidentemente non si intende affrancare del tutto dalla giurisdizione [e]... arbitro dei rapporti tra giustizia riparativa e procedimento penale», con poteri di natura discrezionale.

⁵⁵ In senso negativo, Cass. 12 novembre 2023-14 febbraio 2024, n. 6595 (su cui v. V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, in *Sist. pen.*, 7 maggio 2024, 5/2024, p. 5 ss.); ma v. successivamente Cass., Sez. I, 21 novembre 2024 (dep. 28 febbraio 2025), n. 8400. Sul tema, v. F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 226; P. MAGGIO, *L'incedere lento della GR*, cit., 339 e *infra*, par. 2.2.

⁵⁶ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 49.

scelta sul se consentire o meno il tentativo di accesso a programmi riparativi e quanto alla valutazione dell'esito a fini processuali. Tuttavia, pare problematico che venga chiamato a un confronto con soggetti estranei alla magistratura e alle dinamiche processuali e con nuove modalità di esercizio della giurisdizione richieste dagli innesti provenienti dall'esterno; tale espressione si intende sia nei termini di un esterno fisico (i Centri), sia simbolico (i percorsi riparativi), ancora una volta ricordando che il giudice manca di qualsiasi potere di verifica e intervento quanto alle modalità e ai partecipanti ai programmi, come pure rispetto all'esito riparativo individuato e alla sua valutazione se in termini positivi o negativi. Peraltro, è la stessa figura del mediatore a collocarsi al di fuori degli interlocutori classici del giudice, i periti e i consulenti ad esempio, difficilmente adattandosi al sistema processuale e alle modalità relazionali che tra questi e il giudice intercorrono.

2.2. Diritto di difesa e diritto d'azione.

Proseguendo nel tentativo di analisi sistematica, molti i profili che possono rilevarsi rispetto a una potenziale lesione del diritto di difesa, tra cui viene in causa la natura del provvedimento con cui il giudice ammette e soprattutto nega l'invio al Centro di giustizia riparativa. Dopo una giurisprudenza che ha negato il carattere giurisdizionale di tale provvedimento, ritenendo dunque legittima l'assenza di mezzi di impugnazione, anche considerando la loro tassatività, pare ora definitivamente accolta la ricostruzione che invece lo ritiene impugnabile per Cassazione, posizione condivisa dalla dottrina che ha riconosciuto come si tratti di un atto che condiziona i diritti della persona coinvolta e che quindi necessita di una forma di tutela⁵⁷.

Sanate con un correttivo alcune perplessità in relazione al giudizio immediato⁵⁸, preoccupazioni non di poco conto permangono rispetto all'assenza della difesa tecnica nelle parti del programma riparativo in cui la persona viene ad assumere «impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità»⁵⁹, espressione chiarissima sul piano intuitivo, ma certamente poco tecnica⁶⁰ e in tensione l'art. 24 Cost. Neppure pare convincente l'ipotesi secondo cui la giustizia riparativa perfino arricchirebbe i contenuti del diritto di difesa, sembrando un auspicio affinché l'avvocatura non intenda gli apporti riparativi come mere riconciliazioni, poiché questo

⁵⁷ V. riferimenti in nota 55.

⁵⁸ Es. laddove si era omessa la previsione dell'obbligo di informare l'imputato e la persona offesa della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa, potendosi determinare pure una disparità di trattamento tra gli accusati in ragione del rito. Si tratta(va) di un *vulnus* all'art. 24 Cost. sanato con una modifica (art. 456, co. 2 c.p.p.); v. L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 55; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 225.

⁵⁹ O. MAZZA, *La giustizia riparativa vuole un colpevole senza la seccatura di un avvocato*, in *Il Dubbio*, 23 settembre 2023 e *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore e il diritto a un giusto processo*, in *Il Dubbio*, 21 settembre 2023. In senso diametralmente opposto, ritiene invece che la Riforma valorizzi il ruolo dell'avvocato, D. STENDARDI, *Giustizia riparativa, una rivoluzione copernicana: vincono l'incontro e l'ascolto dei bisogni della vittima*, in *Il Dubbio*, 30 ottobre 2023, 2-3.

⁶⁰ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 49.

implicherebbe ridimensionamenti in termini di resa processuale e anche sanzionatoria della riforma⁶¹.

2.3. La presunzione di non colpevolezza tra ammissione degli elementi essenziali del fatto e riconoscimento della responsabilità.

Un aspetto da considerare nel ricostruire i profili di possibile tensione costituzionale riguarda altresì la presunzione di innocenza che si presenta criticamente da più prospettive, prima delle quali l'essere «la persona indicata come autore dell'offesa» individuata dalla vittima e su quella base l'essere coinvolta nell'accesso a programmi riparativi. Non vi è infatti un preliminare accertamento della colpevolezza o comunque di un coinvolgimento di qualsivoglia natura, ben potendo l'accesso ai programmi riparativi essere disposto durante il dibattimento o persino prima, nella fase delle indagini⁶². Come possa conciliarsi questo aspetto con la presunzione di innocenza sembra un problema che la Riforma non si è posta⁶³ o si è posta in modo poco efficace⁶⁴, aprendo alla contraddizione di “inviare”⁶⁵ in un programma riparativo una persona prima che ne sia accertata la responsabilità; non soltanto essa potrebbe essere del tutto estranea al fatto, ma persino potrebbero non esservi proprio un'offesa da riparare o una vittima, che tale è soltanto alla fine dell'accertamento dibattimentale⁶⁶.

⁶¹ P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, cit., 182.

⁶² Peraltro, la questione non sembra perdere di forza a fronte della constatazione di come lo stesso accada per altri istituti alternativi al carcere e applicabili in fase pre-decisoria (condotte riparatorie, messa alla prova), sulla cui base la persona accusata di un fatto va incontro a conseguenze sanzionatorie senza un accertamento della responsabilità. Secondo R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 93, «la mancanza di un accertamento della responsabilità per la giustizia riparativa connessa alla querela remissibile crea ancor meno problemi, visto che le conseguenze non sono nemmeno sanzionatorie».

⁶³ È ben chiaro che la riforma ritiene di aver messo precluso tale rischio ricorrendo alla locuzione di «persona indicata come offesa», ma non pare che, al di là dell'uso di parole corrette, nella pratica, tale aspetto sia realmente stato considerato. Si pensi a come la riforma persegua obiettivi di responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e di ricostruzione dei legami con la comunità che però potrebbero sembrare inutili se la persona coinvolta non sia autore dell'azione che le viene ascritta e non ha dunque bisogno né di responsabilizzarsi, né di ricostruire legami con la comunità.

⁶⁴ L'aver utilizzato la locuzione “persona indicata come autore dell'offesa”, per superare, condivisibilmente, l'idea di un “reo” definito tale anche durante il processo e dunque prima dell'accertamento della sua responsabilità, comunque genererà difficoltà tra i giudici chiamati a confrontarsi con terminologie assai distanti da quelle usuali. La soluzione normativa non appare comunque convincente, anche perché, se pure non parla di reato e di reo, ma di offesa e di suo autore, già definisce un orizzonte di senso, confermato dal fatto che invece la vittima è definita “di reato”, anche prima di una verifica circa la configurabilità di un illecito penale che vi è soltanto a valle della chiusura del processo.

⁶⁵ Oliviero Mazza nota polemicamente come questo termine faccia pensare all'invio di un pacco, reificando la persona (v. *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit.).

⁶⁶ Oltretutto, da questo punto di vista, occorre rilevare una sorta di normalizzazione del venir meno della sequenza reato-pena, che prima rappresentava una eccezione. Parla di una ontologica incompatibilità fra adesione a programmi di giustizia riparativa e rispetto della presunzione d'innocenza, O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26. In senso opposto, V. ALBERTA, *Giustizia riparativa così si mette un freno*, cit., 22 settembre 2023, valorizza la giustizia riparativa quale forma di condotta post-fatto a vantaggio di coloro che, indigenti, non avrebbero possibilità di risarcire, per quanto occorra rilevare come l'accesso ai programmi possa esservi anche prima dell'accertamento dei fatti e dunque prima di una verifica circa il dovere di risarcire.

Si pensi anche alla disposizione prevista nell'ambito dei principi generali e obiettivi secondo cui i «programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità»⁶⁷ che potrebbe sottintendere una sorta di giudizio anticipato da parte del giudice qualora l'invio avvenisse d'ufficio⁶⁸ e fosse accettata la proposta di ingresso in un programma riparativo da parte della persona sottoposta a processo o a indagini. La dottrina ha teso a sminuire tale rischio ritenendo che la violazione del principio di non colpevolezza vi sarebbe sol che si ignorasse la diversità di prospettive fra procedimento penale e percorso riparativo e le loro specificità⁶⁹, ma non si tratta di posizioni che possono ritenersi convincenti poiché presuppongono un elemento che dovrà invece essere oggetto di verifica nella fase pratico-applicativa.

Pure occorre interrogarsi sul rischio che i programmi di giustizia riparativa possano indebolire la presunzione di innocenza, ad esempio laddove alla persona sia richiesto di riconoscere il fatto che è alla base del programma. Per quanto, a livello teorico, sia netta la differenza fra ammissione del fatto, responsabilità penale e colpevolezza⁷⁰, è sul piano pratico che non pare affatto scontato il rispetto del principio del *nemo tenetur se detegere*, cui è collegata la pienezza del diritto di difesa. Non riconoscere i fatti alla base del percorso significa infatti precludere l'avvio del programma, la stessa ipotesi di fattibilità, per cui appare difficile ritenere che i protagonisti della vicenda non siano condizionati da tale prospettiva per come impatta sull'esito processuale. Non è indifferente considerare come la stessa scelta del giudice possa sottintendere una valutazione o un pregiudizio circa la colpevolezza. L'impulso di avviare un programma potrebbe infatti essere inteso come frutto di una scelta che si sovrappone al convincimento sul merito, aprendo al rischio che sia stigmatizzato il rifiuto⁷¹. Ancora, la tenuta del principio di non colpevolezza viene in causa nella valutazione dell'esito dei programmi, che il giudice potrà effettuare basandosi sulla relazione dei mediatori nell'affiancarsi agli altri elementi che formano il libero convincimento.

La serietà delle obiezioni non pare essere scalfita dalle letture offerte dalla dottrina che infatti parla di *stemperamento* delle frizioni rispetto alla presunzione di innocenza (e non di loro

⁶⁷ Art. 43, co. 2, d. lgs. 150/2022.

⁶⁸ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 202.

⁶⁹ A. PRESUTTI, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in *Sit. pen.*, 27 giugno 2023, 9.

⁷⁰ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 205, ricorda come nelle prassi, in sede di valutazione preliminare del percorso di giustizia riparativa, la manifestazione di non estraneità ai fatti è considerata un primo passo verso il riconoscimento dell'altro. Secondo R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 94 ss., al di là delle formule linguistiche utilizzate «se il percorso riparativo necessita di un riconoscimento dei fatti o all'inizio o anche solo come esito, non v'è dubbio che la tensione con il principio di presunzione di innocenza è fortissima, proprio perché all'esterno del percorso v'è la consapevolezza che nel percorso i fatti saranno riconosciuti. Se invece il percorso riparativo si muovesse a prescindere da tale riconoscimento, i problemi si stempererebbero fino a dissolversi».

⁷¹ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 58.

superamento), in ragione dell'ampia e risalente sperimentazione di soluzioni riparatorie, incentrate su risultati di riduzione o eliminazione del danno e dell'offesa⁷². Non pare infatti rassicurante che la tenuta di un principio cardine dello Stato di diritto venga a dipendere da sperimentazioni avvenute al di fuori del contesto attuale, molto cambiato dalla normativa intervenuta o di pratiche messe in atto in paesi con tradizioni giuridiche assai distanti dalla nostra.

Per quanto dunque sia affermata la non lesione del principio di non colpevolezza in ragione della distanza che corre rispetto alla richiesta responsabilizzazione in chiave riparativa e all'ammissione degli elementi essenziali del fatto, è sul piano pratico che ciò non sembra sufficientemente garantito⁷³, anche su questo punto dovendosi chiedere un'attenta vigilanza.

2.4. Principio di legalità: *nullum crimen sine lege*?

Un elemento su cui riflettere criticamente riguarda la tensione rispetto al principio del *nullum crimen sine lege*, che viene chiamato in causa poiché la Riforma ha operato una ri-significazione del reato soppiantato dall'*offesa* e della pena soppiantata dalla *riparazione*⁷⁴.

Posto che è all'offesa e non al reato che segue l'avvio di programmi riparativi e considerato come è la vittima a stabilire se questa vi sia stata, pure se non tale da costituire una condotta connotata dal disvalore massimo cui è collegata una sanzione penale, appare evidente la problematica confusione che viene a ingenerarsi quanto alle categorie dogmatiche, poiché si è in un ambito in cui viene in causa la libertà personale.

Peraltro, la Riforma qualifica l'offesa come *rottura* della relazione reo-vittima, sembrando quasi profilare uno scivolamento dell'ambito penalistico nella dimensione intersoggettiva, privatistica, del rapporto fra le diverse "parti", con una distanza significativa rispetto alla dimensione pubblicistica della materia, quasi azzerando la distinzione fra fatto, reato e imputazione. In concreto, l'offesa può configurarsi anche a prescindere dal suo essere riconosciuta come fatto di reato, con una tensione del principio di legalità. La dottrina ha parlato di «una vera e propria incompatibilità di carattere» e di «qualche difficoltà di adattamento reciproco», ricordando come «legalità significa che, ai fini della risposta sanzionatoria, della vicenda criminosa assumono rilevanza solo ed esclusivamente quei dati di fatto che sono previsti dalla

⁷² P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, cit., 181-182.

⁷³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, 262 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Edizione Scientifica, Napoli, 2017.

⁷⁴ Secondo F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 13-14, la «sostituzione con sanzioni oggettivamente riparatorie comporta una sorta di *privatizzazione* della giustizia penale sotto almeno due punti di vista», in primo luogo in quanto «la scelta se irrogare la sanzione punitiva o quella riparatoria viene rimessa, almeno in prima battuta, nelle mani del soggetto autore del reato», compromettendo le funzioni tradizionalmente ascritte alla pena, e anche ricordando «la sanzione risarcitoria/riparatoria [quale..] prodotto della tradizione propriamente civilistica».

legge», essendo tutto il resto inesorabilmente condannato alla irrilevanza giuridica pure se significativo nella dinamica interpersonale del conflitto⁷⁵.

Come siano compatibili con il principio di legalità la forte individualizzazione nella costruzione della dinamica stessa di narrazione del fatto, nonché l'accento sulle vicende individuali e sulle individuali sensibilità, rappresenta però un cono d'ombra difficilmente superabile. Secondo quanto regolato dalla riforma organica e secondo quanto oggetto delle prassi, è peraltro indubbio che sull'esito riparativo venga ad avere un peso tutto ciò che riguarda la dimensione personale, nonché le vicende alla base del conflitto o che ne sono derivate, ponendosi in contrapposizione netta con il principio legalità. La dottrina non ha però rilevato tale contrasto, ritenendo che la giustizia riparativa erode senza negarla la legalità che resta sovrana finché si è nell'ambito dei delitti e delle pene, divenendo estranea quando c'è la giustizia riparativa⁷⁶. Tale ricostruzione tuttavia non convince nella misura in cui postula l'estraneità e il non influsso della giustizia riparativa sulla giurisdizione, che la legge esclude e si premura di evitare⁷⁷, senza però poterlo garantire nella pratica e anzi di fatto consentendolo a seguito dei numerosi innesti.

Neppure pare convincente archiviare la questione ritenendo che nulla nella riparazione può riguardare la pena, la sanzione e i suoi caratteri tipici, trattandosi di qualcosa di totalmente avulso dalla coazione e rimesso alla libertà di scelta, alla volontarietà, alla consensualità di tutti i partecipanti. In questo modo, infatti, si darebbe per presupposto un elemento che è in realtà tutto da verificare, ossia la piena libertà dei partecipanti al programma, anche per tali aspetti prefigurando una tensione con il principio di legalità. È vero che nella Riforma si richiama l'ingresso libero e volontario nel programma, ma è altrettanto vero che non vi sono strumenti di verifica e che ben diversa è la libertà di condizione dalla libertà di scelta⁷⁸. Pur nella consapevolezza della presenza di alcune “rotture della legalità” nel sistema codicistico⁷⁹, è sempre e solo al giudice che fanno capo tali elementi, senza che possano avere un ruolo soggetti estranei – mediatori o parti in conflitto – come invece ammesso nella giustizia riparativa.

2.5. Finalità della pena: la giustizia riparativa come superamento della rieducazione?

A subire una torsione a seguito della Riforma pare inoltre essere la stessa finalità della pena, in primo luogo per la tensione che pare profilarsi con il principio del *nulla poena sine lege*.

⁷⁵ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 32, che però ricorda come il principio del libero convincimento del giudice apra all'ingresso di elementi personali e fattuali che condizionano profondamente l'esito delle valutazioni del giudice.

⁷⁶ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 32.

⁷⁷ V. artt. 50-52, d. lgs. 150/2022, che escludono un'influenza degli elementi fattuali emergenti dal percorso riparativo sul processo.

⁷⁸ A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, ilMulino, 2020.

⁷⁹ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 33, che richiama gli artt. 133 e 62-bis c.p.

Raccogliendo gli spunti provenienti dalla Corte costituzionale⁸⁰ e dalla Corte di Strasburgo⁸¹ che avevano orientato la pena anche verso la riparazione e la riconciliazione, la Riforma ne delinea nuovi contenuti, intendendola quale occasione di riconciliazione e incontro, di riconoscimento della vittima dell'offesa, quasi dismettendo il ruolo di risposta statale al reato. Al netto della constatazione circa l'imperativo costituzionale che finalizza la sanzione penale alla sola rieducazione della persona, unica finalità esplicitata all'art. 27, comma 3, della Costituzione, non è indifferente considerare come la giustizia riparativa possa però profilare l'applicazione di una "pena" non prevista dalla legge e – se nella fase dell'esecuzione – aggiuntiva a quella comminata dal giudice con una tensione rispetto alla riserva di legge e di giurisdizione, ma pure del principio secondo cui nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (art. 23 Cost.). L'impatto della riparazione nei termini di compressione della finalità della pena come rieducazione del condannato emerge dunque considerando il rischio di indebite pressioni su chi già sia indebolito a fronte della privazione della libertà personale. Né vale l'obiezione risibile per cui al termine del percorso riparativo non vi siano sanzioni o pene intese nel senso tradizionale, ma eventuali *prestazioni* volontariamente e liberamente concordate tra le parti alla presenza dei mediatori⁸². È infatti problematico che – nel caso in cui non si ottengano benefici – gli "impegni" assunti al termine di percorso riparativo possano tradursi in un *facere* aggiuntivo, sembrando evidente che una prestazione da cui dipende l'estinzione della vicenda processuale non potrà essere del tutto liberamente accolta dalla parte sottoposta a processo, in tal senso richiamando l'idea di una sorta di pena aggiuntiva.

Emerge peraltro l'ulteriore rischio connesso all'eventualità che l'esito del programma riparativo si trasformi in una sorta di "pretesa" di pentimento, di emenda per il reo⁸³, erodendo le

⁸⁰ La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che la finalità rieducativa concorre con l'obiettivo di prevenzione generale e di difesa sociale della pena. Il legislatore può far prevalere ora l'una, ora l'altra, senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. Corte cost. 183/2011; Corte cost. 179/2017; 149/2018).

⁸¹ Negli anni, con una significativa giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di «*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*», da ultimo con *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, § 43 (n. 57592/08), ma v. anche *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 (n. 10511/10); *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015 (n. 41418/04); *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, (n. 66069/09); *James, Wells e Lee c. Regno Unito*, 8 settembre 2012 (nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09); *Maiorano e altri c. Italia*, II Sez., 15 dicembre 2009 (n. 28634/06); *Dickinson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007 (n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002 (n. 37703/97).

⁸² V. art. 56, d.lgs. 150/2022, circa l'esito riparativo e i suoi contenuti.

⁸³ Secondo R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 83, a torto «si ritiene che la giustizia riparativa richiederebbe una sorta di emenda dalla quale scaturisce il pentimento oppure si baserebbe su una richiesta di perdono da soddisfare con la conseguente elargizione. Tuttavia, emenda, pentimento, perdono sono tutti concetti strutturalmente estranei alla giustizia riparativa. Al contrario, soprattutto l'emenda e il pentimento sono consentanei più alla giustizia punitiva che a quella riparativa, perché, a ben vedere, connessi al carattere violento della pena e alla sua capacità di suscitare dolore al pari di quello realizzato mediante il reato».

Nota la posizione di G. FIANDACA (*Punizione*, Bologna, il Mulino, 2024), che ha rilevato il rischio di una virata moraleggiante della giustizia riparativa se applicata nella fase esecutiva.

garanzie anche dell'accusato e dell'imputato; parimenti, si palesa il rischio che la sanzione si orienti verso finalità di deflazione ed economia processuale, non dichiarate, ma comunque sottese alla Riforma e non compatibili con il finalismo rieducativo. La presenza di istanze efficientistiche, deflazionistiche e volte al decongestionamento del sistema risultano dalla rubrica stessa della legge che ha introdotto la Riforma⁸⁴, chiamando a una riflessione consapevole sul necessario presidio delle garanzie della giurisdizione in nome della sua, peraltro soltanto presunta, velocizzazione e maggiore efficienza⁸⁵.

Sul piano teorico, non è in discussione l'alterità del meccanismo riparativo rispetto all'idea tradizionale della pena, posto che la giustizia riparativa avrebbe «una vocazione naturale a collocarsi radicalmente al di fuori non solo dell'orizzonte punitivo ma anche di quello *lato sensu* sanzionatorio», non trattandosi «di una risposta dell'ordinamento che in qualche modo stigmatizza il reato (e il suo autore) ma di una scelta volontaria, rimessa ai soggetti coinvolti nel conflitto interpersonale di cui il reato è espressione al fine di ricomporlo attraverso strumenti dialogici»⁸⁶. Ma proprio perché la Riforma ben prefigura, e anzi auspica, un concreto e sistematico impatto della giustizia riparativa *anche* sulla pena e sulla sanzione (si pensi all'impatto sulle circostanze attenuanti), deve condividersi la conclusione per cui «i rapporti tra il diritto penale... e la giustizia riparativa... non possono che essere molto difficili, posto che quelle due forme di giustizia debbono comunque coesistere»⁸⁷.

La dottrina ha enfatizzato la posizione cui è giunto il giudice delle leggi che ha inteso sia la rieducazione, sia la riparazione quali possibili funzioni della pena⁸⁸, senza però che l'una possa

⁸⁴ Nella consapevolezza di come tale aspetto venga ripetutamente smentito, non si può eludere il confronto con il fatto che tale riforma è contenuta in un provvedimento di matrice deflattiva, che prevede innumerevoli meccanismi su base estintiva, tali da incentivare una rapida definizione delle vicende. V. ad esempio, rispetto l'ampliamento dell'istituto della tenuità del fatto per evidenti ragioni di semplificazione e celerità o rispetto agli innesti di meccanismi di deflazione, su base estintiva, attraverso la creazione di una sorta di "succursale" per la formazione della prova. Non è indifferente neppure l'influenza della giustizia riparativa quanto alla determinazione della pena. A margine si ricordi la contemporanea riforma delle sanzioni sostitutive che restituisce un quadro di ancor maggiore complessità, in quanto espressione di una tensione verso la celerità nell'applicazione di una pena, anche senza la celebrazione del processo. Si veda anche la previsione della sospensione della pena, quando la pena sia inferiore a un anno e il danno riparato (art. 163 c.p.).

⁸⁵ Leggono in termini positivi l'orientamento efficientistico della giustizia, G. CANZIO, F. FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, Vita e pensiero, 2021, 127 ss.; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano fra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, 2022, 11 ss. A parere di O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26-27, invece «l'efficienza sembra avere un effetto taumaturgico nel sanare ogni strappo alle regole fondamentali, così come produce l'effetto di intorbidire l'esatta percezione di un processo che verrà ispirato a un modello profondamente autoritario, di carattere etico, lontanissimo dall'epistemologia garantista che guidò il legislatore oltre trent'anni fa».

⁸⁶ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 27-28.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 28.

⁸⁸ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 413-414

sovrapporsi all'altra⁸⁹, per i tanti aspetti che tracciano una distanza incolmabile⁹⁰. Se liberamente svolte, l'attività riparatoria e la riparazione sono espressione di una avvenuta rieducazione e sono perciò riconducibili alle finalità costituzionali della pena, dovendosi però rilevare come problematico il riconoscimento della vittima per il suo carattere sfuggente, così come rispetto al ruolo della comunità per la rieducazione⁹¹. Infatti, «mentre la responsabilizzazione della persona indicata come autore del fatto... rientra nel programma costituzionale della rieducazione, il riconoscimento della vittima e la ricostruzione dei legami *con* e *nella* comunità, eccedono la funzione rieducativa e non possono rientrare nel sistema penale perché sono privi di qualsiasi natura sanzionatoria, neppure nella forma progettuale che la pena può assumere come avviene, ad esempio, con la messa alla prova o con i programmi trattamentali. Si tratta di finalità estranee ed esterne al processo penale»⁹² che tuttavia, proprio per la costante e continua interpolazione, devono essere criticamente messe a tema.

Entrambe animate da quell'umanesimo di cui sono espressione⁹³, riparazione e rieducazione sono certamente in dialogo in quanto quest'ultima rappresenta «un importante e significativo fattore di adattamento della “vita” della pena punitiva carceraria, senza implicare l'abbandono concettuale del paradigma punitivo come avviene invece con la giustizia riparativa»⁹⁴. La stessa giustizia riparativa può rappresentare uno «strumento rieducativo capace di produrre risultati – l'esito appunto – che a determinate condizioni, valorizzati come componente della risposta punitiva, possono giustificare la rinuncia alla pena, una sua riduzione o un più rapido accesso ai benefici penitenziari»⁹⁵. Nella trasformazione della rieducazione in «una prospettiva relazionale di responsabilizzazione e di apertura all'altro ovvero di assunzione, attraverso il confronto con l'altro, della piena responsabilità delle proprie azioni»⁹⁶ può dunque essere intercettato un terreno comune che, non essendo imposto, non presenta problematicità di sorta. La giustizia riparativa può così essere intesa come sintomo e avvio della rieducazione, ponendosi quale strumento di

⁸⁹ F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *lalgislazionepenale.eu*, 31 dicembre 2022.

⁹⁰ Si pensi all'essere una rivolta al solo autore, e l'altra a entrambi, all'essere una costituzionalmente obbligatoria e l'altra libera scelta del legislatore e possibilità che il giudice può autorizzare, o ancora alla rieducazione come tale da plasmare il rapporto fra autore e stato e la giustizia riparativa che vede invece lo Stato ritrarsi.

⁹¹ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 420-421.

⁹² M. Bouchard, F. Fiorentin, *La Giustizia Riparativa*, cit., 423.

⁹³ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 38.

⁹⁴ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 36 ss.

⁹⁵ Richiama G. FIANDACA, E. MATTEVI, nell'introduzione al volume A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, cit., 4, secondo cui proprio nel legame tra rieducazione e giustizia riparativa possono comprendersi «[s]oluzioni come il ricorso alla vittima aspecifica, i programmi che coinvolgono la comunità, la valorizzazione delle condotte riparatorie unilaterali», anche per disinnescare possibili equivoci. Come ricorda l'a., infatti, «[v]alorizzare il significato rieducativo della giustizia riparativa non significa affermare che la rieducazione...debba assumere sempre un significato riparativo; non significa sostenere che la rieducazione debba riempirsi costantemente di riparazione», fermo restando che l'obiettivo della rieducazione deve sempre prevalere (p. 5).

⁹⁶ R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 86.

quella responsabilizzazione che indefettibilmente ne è alla base, ma che tuttavia presuppone l'accertamento della colpevolezza; non appare convincente per ciò l'apodittica affermazione per cui la giustizia riparativa non presenterebbe né l'approccio eticamente connotato, né quello scientificamente ed utilitaristicamente caratterizzato⁹⁷, per i possibili benefici dell'esito riparativo sulle conseguenze penali. Non si tratta infatti di un elemento secondario nel valutare l'adesione spontanea alla riparazione e marca la necessità di una distanza rispetto alla rieducazione. Per mitigare tali rischi, è stata valorizzata l'idea di una pena agita, in ciò trovando margini di compatibilità poiché anche la rieducazione si fonda sull'idea di una pena non subita passivamente e di cui l'idea riparativa è «una espressione felice»⁹⁸ non in tensione con la Carta.

Vi sono peraltro alcune previsioni, come l'ipotesi di remissione tacita della querela in presenza di un esito positivo del programma riparativo e quando venga svolta la prescrizione eventualmente prevista⁹⁹, che sembrano pretermettere la finalità della pena da altra prospettiva, poiché si “accontentano” del risultato raggiunto, ritraendosi dalla sfera della punizione come reazione a un illecito penale, vicenda che pare tuttavia da riconnettersi alla previsione che consente alla parte privata di rimettere la querela. In proposito, la dottrina ha rilevato una sorta di attestazione della «consapevolezza di una difficoltà costante nel rendere conciliabile la giustizia riparativa in senso stretto, definita come “dialogica”, con la struttura attuale del nostro sistema penale»¹⁰⁰, imponendo una costante riflessione.

La dottrina ha pure sottoposto al dibattito il dubbio che l'adozione di percorsi riparativi conduca a indebolire l'efficacia generalpreventiva della pena, rimettendo alla volontà delle parti la concreta irrogazione ed esecuzione della pena che pone nel nulla la “minaccia” sanzionatoria; si tratta tuttavia di una obiezione superabile in quanto non capace di chiudere l'orizzonte della giustizia riparativa in ragione della non pensabilità – da un punto di vista quantitativo e statistico – di un accesso massiccio ai percorsi riparativi al punto da azzerare la forza intimidatrice del precetto e della pena. Una seconda argomentazione si riferisce alla constatazione di come la funzione generalpreventiva sia stata molto ridimensionata dalla rieducazione, da parte degli istituti che escludono o erodono l'esecuzione della pena come nel caso della sospensione

⁹⁷ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 38.

⁹⁸ M. DONINI, *Delitto riparato e pena agita come categorie generali*, cit., 53; ID., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 20 dicembre 2022; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 236 ss.; ID., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *questionegiustizia.it*, 29 ottobre 2020; E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza-Università di Trento, 2022, 72.

⁹⁹ Art. 152 c.p. Si può ipotizzare che sarà questo il campo applicativo più ampio. Di fatto, sembra prefigurato un automatismo per cui il giudice prenderà atto dell'esito riparativo positivo, percorso extraprocessuale e non tipizzato.

¹⁰⁰ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 423.

condizionale della pena e, da ultimo, per le «non buone credenziali» di cui gode tale funzione della pena¹⁰¹, comunque non esplicitata in Costituzione.

Certamente, tanto più in queste prime fasi applicative, perché sia garantito un radicamento costituzionale e una compatibilità rispetto alla funzione della pena, occorrerà evitare che la giustizia riparativa si dissolva nel trattamento e dall'altro lato che venga attratta in un quadro di correzionalismo non volontario¹⁰², diversamente aprendo alla torsione di un principio costituzionale cardine in tema di punizione.

2.6. Diritti e libertà individuali: il faticoso confronto tra *habeas corpus* e giustizia riparativa.

Un tema assai ampio trattando della Riforma riguarda il suo impatto sul fascio dei diritti e delle libertà delle persone a vario titolo coinvolte, questione in parte già sopra evocata, ma che necessita di una specifica messa a fuoco, dovendosi distinguere a seconda che i programmi riparativi vengano in causa nella fase delle indagini, durante il processo o nelle fasi dell'espiazione.

In quest'ultimo caso, la condizione di chi sia privato della libertà personale non può dirsi mai pienamente libera, potendosi ingenerare indebiti meccanismi di pressione che configurano quasi una pena ulteriore, un *facere* aggiuntivo¹⁰³. In proposito, la dottrina ha sollevato perplessità nel timore che la riforma non rappresenti l'ingresso di «un modello di giustizia senza spada, ma un sistema ancora armato di violenza punitiva, cui si aggiunge un tracciato per altri versi impegnativo e doloroso»¹⁰⁴, in linea con l'espansione della penalità tipica della contemporaneità.

La tensione dell'*habeas corpus* è comunque un problema centrale della giustizia riparativa anche al di fuori della fase esecutiva, posto che rischia di dare forma a meccanismi di pressione sulla persona sottoposta a indagine o a processo, in particolare nel caso dell'invio d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria (giudice o anche pubblico ministero se nella fase delle indagini¹⁰⁵), come pure sulla vittima. Per quanto la legge rimetta ai mediatori la valutazione circa la praticabilità dei percorsi, nel caso della persona indicata come autore dell'offesa sorgono dubbi circa la genuinità dell'adesione al programma riparativo; si tratta infatti di un elemento che potrebbe persino condizionare l'andamento processuale qualora ad esso ci si voglia sottrarre, per il pregiudizio che può ingenerare nel giudice, con un impatto potenziale sul percorso che conduce al

¹⁰¹ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 31, cui si rinvia per la sintesi di tale posizione.

¹⁰² P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, cit., 209.

¹⁰³ Si è consapevoli che la prestazione non è una pena e che i programmi riparativi non sono sanzioni. Ma se si è in una condizione di non piena parità, possono certamente configurare una pressione, una prestazione – non prevista dalla legge – imposta alla persona, generandosi una tensione rispetto all'art. 23 Cost. Come ricordano M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 409, i programmi riparativi pur non essendo sanzioni, possono essere connotati da afflittività, di ansie, di profondi turbamenti per i partecipanti e – si aggiunge – anche di *facere*. R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 98 ss., traccia una differenza fra la pena perpetua e la pena con una fine predeterminata.

¹⁰⁴ S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Processo penale e giustizia*, 2023, 5, 86 ss.

¹⁰⁵ O. MAZZA, *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit.

libero convincimento. Appare ovvio che la persona potrebbe preferire una via emotivamente faticosa ma che evita misure restrittive, mettendo però in tensione la pienezza della libertà personale e la volontarietà dell'ingresso nel percorso¹⁰⁶, nonché evocando la necessità di una verifica circa il rapporto fra autorità e libertà, dunque sulla forma di Stato, quanto alla relazione fra la persona che si rapporta alla giustizia e l'autorità pubblica. Come il giudice valuterà la mancata adesione all'invio presso i Centri è uno dei coni d'ombra dell'intera riforma, potendosi ipotizzare un pregiudizio nei confronti di una persona che appaia mal disposta verso questa nuova opzione; in senso diametralmente opposto, potrebbe esservi un pregiudizio laddove si consideri l'adesione al programma quale implicita ammissione di responsabilità, posto che non avrebbe senso accettare di entrare in un programma riparativo se si è estranei al fatto¹⁰⁷. È la stessa legge a porre le premesse per un possibile condizionamento nell'adesione al programma riparativo, ad esempio attraverso la previsione di una circostanza attenuante comune in caso di esito positivo¹⁰⁸, che pure mette in dubbio la pienezza della libertà e volontarietà; analogamente, quanto alla sospensione condizionale della pena, alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e alla estensione della particolare tenuità del fatto, istituti cui è stata aggiunta l'ipotesi della giustizia riparativa.

Il tema dell'autodeterminazione emerge poi problematicamente rispetto al possibile coinvolgimento di persone fragili, sia come autori, sia come vittime, posto che la normativa si è orientata nella direzione di non escludere neppure persone di minore età o portatrici di forme di disabilità mentale che possono ridurre la piena capacità di intendere e di volere. Sotto tale profilo, ancora una volta centrale è il ruolo dei mediatori chiamati a valutare chi possa accedere ai programmi di giustizia riparativa e chi lo voglia spontaneamente e consapevolmente. È a loro che la legge ha infatti rimesso la scelta in caso di dissenso da parte di chi eserciti la responsabilità genitoriale e del curatore, ribadendo l'incondizionata fiducia riposta dal legislatore in questa figura, cui si affidano compiti di enorme delicatezza e della cui professionalità a così ampio raggio non si dubita mai e in nessun caso, neppure prevedendosi possibilità di impugnare, contestare o anche solo verificare quanto raccolto nella relazione¹⁰⁹. Così, analogamente vale per coloro che

¹⁰⁶ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 409-410.

¹⁰⁷ O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26; F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 17-18, sottolinea due ordini di rischi, di cui il primo quanto al timore di «forme di pressione e ritorsive del giudice nei confronti di chi persiste nel battere la strada ordinaria del processo, magari nonostante vi sia stato l'invio al centro per la giustizia riparativa; per un altro verso, si teme che venga violata la c.d. "verginità cognitiva" del giudice e che, più in generale, egli si formi dei pregiudizi indotti già dal solo fatto che l'imputato abbia intrapreso il percorso riparativo. In sostanza, il processo sarebbe molto compromesso nell'obiettività dell'accertamento probatorio dal fatto che vi sia stata un'implicita affermazione di responsabilità desumibile dall'avvio del tentativo riparativo». R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 94.

¹⁰⁸ Peraltro, si indica soltanto il riferimento alla vittima, senza però precisare se sia possibile anche con la vittima a-specifica, dovendosi però così ritenere, posto che diversamente vi sarebbero profili di incostituzionalità, venendo a dipendere da un privato una circostanza attenuante.

¹⁰⁹ Come sopra ricordato, pure i profili di responsabilità sono dubbi.

sono portatori di fragilità o non pienamente capaci di intendere e di volere, indifferente essendo se si tratti di vittima o “autore”, posto che la legge ha scelto di non escludere in nessun caso la possibilità di accedere a programmi riparativi e di lasciare ai due mediatori ogni valutazione in merito, fatto salvo il filtro rappresentato dal giudice.

Dalla prospettiva della vittima è poi da considerare il rischio che i programmi riparativi inneschino fenomeni di vittimizzazione secondaria¹¹⁰, potendo subire la non genuinità e strumentalità della scelta di accedere a percorsi riparativi da parte dell'autore dell'offesa¹¹¹, come pure una indebita pressione rispetto all'adesione ai programmi tanto più rilevanti quanto più marcata è la disparità fra le parti del conflitto.

Peraltro, non pare rispettata l'asserita «equa considerazione degli interessi» di vittima e autore, non foss'altro poiché il percorso può avviarsi anche senza la vittima e persino contro la sua volontà, dovendosi dubitare dell'effettiva tutela «della sua personalità in un contesto decisivo ai suoi bisogni e interessi»; ricordando come la giustizia riparativa dovrebbe farsi carico di lenire la ferita anche della vittima, così formulata, la Riforma sembra invece guardare piuttosto ai benefici di natura processuale ed emotivi dell'autore dell'offesa, condividendosi l'affermazione per cui «la relazione vittima/accusato conserva una certa asimmetria ed è fin troppo facile pronosticare che i programmi riparativi nella stragrande maggior parte dei casi saranno attivati dalla persona indicata come autore: non certo dalla vittima». C'è poi il profilo che chiama in causa la tutela della riservatezza e della confidenzialità di quanto oggetto del programma, soprattutto dalla prospettiva della persona accusata soggetta al rischio di «usi inappropriati della confidenzialità del passaggio riparativo»¹¹², per la loro possibile porosità e per la presenza di regole non così “rassicuranti” circa il divieto di effetti sfavorevoli in ragione dell'esito del programma o del rifiuto di prendervi parte¹¹³. Per previsione normativa, la confidenzialità e la riservatezza vengono infatti meno quando sia assolutamente necessario per evitare la commissione di imminenti o gravi reati¹¹⁴, con una disposizione che pone sullo stesso piano l'imminenza di una condotta penalmente rilevante e la sua gravità, unite però da una disgiunzione, per cui sono incluse fattispecie imminenti anche se non gravi o gravi ma non imminenti, rimettendo ancora ai mediatori una valutazione complessa, somigliante a un giudizio prognostico e non agganciata a

¹¹⁰ A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., 183 ss.; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 410.

¹¹¹ Ritiene invece che si tratti di una critica ammantata da pregiudizi R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 82-83, che peraltro rileva come sia l'intero sistema punitivo a prevedere istituti basati su calcoli potenzialmente utilitaristici.

¹¹² M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 409, cui si riferiscono anche i virgolettati precedenti.

¹¹³ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 60.

¹¹⁴ Artt. 50 e 52, d.lgs. 150/2022.

parametri certi e verificabili¹¹⁵. Ancora, non pare così rassicurante che la Riforma limiti gli obblighi di riservatezza e confidenzialità alla conclusione del procedimento penale, segnalandosi difficoltà nei casi di processi cumulativi e connessi posto che l'inutilizzabilità «perde la sua forza per il fatto stesso di colpire soltanto *ex post* la circolazione di elementi dotati di un valore istruttorio»¹¹⁶. Allo stesso modo, circa la protezione dei luoghi da intercettazioni, l'attuale formulazione potrebbe consentire, sul piano materiale, l'ingresso nel processo, di quanto appreso in occasione dei programmi riparativi, ma raccolto al di fuori dei luoghi in cui questi sono svolti, rischio che si sarebbe potuto evitare, estendendo il divieto ai temi trattati.

Molti sono dunque i profili della Riforma che chiamano in causa uno schietto confronto con la tenuta dell'assetto dei diritti e delle libertà costituzionalmente presidiate, tra cui non si ritiene tuttavia di trattare il tema dell'uguaglianza, in particolare quanto ai rischi di una sua compromissione a fronte del differente esito che le valutazioni potrebbero avere da parte di mediatori con formazione e sensibilità diverse, seguendo «aprioristiche diversificazioni»¹¹⁷. Ciò in ragione dell'essere il principio di uguaglianza non volto a imporre lo stesso trattamento a chiunque, ma piuttosto orientato a trattare diversamente chi si trovi in una diversità di situazioni, dunque rimettendo ai mediatori ogni valutazione, al pari di quanto accade nell'amministrazione della giustizia per il giudice.

3. Le necessità di un dialogo per un'interpretazione conforme a Costituzione della Riforma Cartabia.

Al termine di un lavoro che ha provato a mettere a fuoco le tensioni costituzionali generate dalla riforma organica sulla giustizia riparativa che, secondo taluno, avrebbe introdotto una «mutazione genetica del sistema della giustizia penale»¹¹⁸, persino un assedio¹¹⁹, sembra possibile tracciare qualche spunto conclusivo, nella presa d'atto di come le riflessioni teoriche abbisognano di una verifica sul piano pratico.

¹¹⁵ Sul punto, non si dubita del fatto che, in sede applicativa, i mediatori possano essere in grado di dare una concretezza a tali ambigue espressioni, dovendosi però rilevare la problematica operazione di aver introdotto nel linguaggio giuridico terminologie spurie e senza rigore alcuno, rimettendo ai mediatori valutazioni assai delicate e complesse.

¹¹⁶ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 60.

¹¹⁷ L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 49.

¹¹⁸ O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 26. Durissima la critica dell'a. verso una riforma che ritiene potenzialmente esiziale per un sistema penale di impronta liberale, con l'abbandono del principio di laicità a favore di un sistema punitivo basato su parametri di carattere etico (così si esprime in *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit.).

¹¹⁹ Drastica la dottrina che ha ritenuto che la Riforma configuri un vero e proprio «assedio al sistema penale» da parte di «una società di vittime, alla perenne ricerca di riconoscimento, di diritti e di castighi» (G. INSOLERA, *La giustizia riparativa*, in *DisCrimen*, 16 giugno 2023, 7), ricostruzione a cui è però stata opposta la confusione che denota fra la società del populismo securitario che strumentalizza le istanze delle vittime con «le doverose esigenze di cura e riparazione che devono affiancare il percorso garantista dell'accertamento dei fatti», così M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 422.

È importante fin da subito rilevare come l'attuale momento storico mostri un dibattito assai polarizzato fra detrattori e promotori, risultando inevitabilmente banalizzata la questione e senza che sembri possibile un reale confronto su quanto di problematico, oggettivamente, la Riforma manifesta, come pure sugli indubbi spunti di interesse. Singolare è peraltro come la difficoltà di trovare una comune piattaforma di riflessione si verifichi proprio attorno a un tema che pone al centro il dialogo, il superamento del conflitto, il riconoscimento dell'altro anche, o meglio soprattutto, nella diversità di posizioni. Così, si assiste spesso a un rifiuto persino a contemplare frizioni con la Costituzione o alla pretesa di avviare un dibattito fondato su argomentazioni irrealistiche o paradossali, senza apparente reale volontà di comprendere appieno il significato di quanto la giustizia riparativa può rappresentare e può significare. È una nota ulteriore di interesse che la giustizia riparativa abbia generato scontri dialettici non fra chi è espressione di opposte visioni, dunque fra un orientamento più marcatamente garantista, e posizioni sbrigativamente definite come giustizialiste; piuttosto, è stato all'interno di coloro che hanno sempre condiviso i medesimi posizionamenti volti alla massima garanzia di quanti siano al cospetto dell'amministrazione della giustizia a rilevarsi una distanza siderale nelle valutazioni della Riforma¹²⁰.

Peraltro, non è chiara la ragione per cui tali polemiche siano sorte soltanto al momento attuale e non nella fase di gestazione della Riforma, quando magari sarebbe stato forse ancora possibile apportare alcuni correttivi o quanto meno limare le parti maggiormente problematiche del testo.

Ad ogni modo, ricordando come non si è in una fase *de iure condendo* ma *de iure condito*, appare onestamente inutile arroccarsi sull'Aventino nella speranza di una modifica normativa che non sembra affatto all'ordine del giorno dei lavori parlamentari o delle priorità del potere esecutivo, anche ricordando come qualsiasi intervento sulla Riforma imporrebbe lunghi e incerti passaggi a livello euro-unitario, essendo legata agli obiettivi del P.N.R.R. Pure poco utile sembra anche assumere una postura che invisibilizzi il problema e lo ignori come se non vi fosse una legge in vigore e non vi fosse dunque la necessità di un confronto schietto e franco a partire dalla sua applicazione pratica, dai problemi che essa pone¹²¹, confronto che proprio ora pare ancor più

¹²⁰ È piuttosto esemplificativa a tal proposito, la polemica accolta dalle pagine del "Il Dubbio" fra Oliviero Mazza e Valentina Alberta, a partire Protocollo operativo sulla giustizia riparativa, elaborato con il contributo concorde degli Uffici giudiziari milanesi, dell'Ordine degli Avvocati e della Camera penale di Milano.

¹²¹ Si condivide dunque la posizione di Francesco Palazzo che invita a evitare «gli opposti estremismi», propri sia dei cosiddetti «detrattori» che secondo l'autore «sbagliano quando irridono – più o meno larvatamente – alla giustizia riparativa considerandola una forma di utopistico buonismo incapace di fronteggiare la realtà criminale pagando per contro il prezzo di una corrosiva erosione del solido paradigma tradizionale», sia dei «fautori». A parere dell'a., a loro volta questi «sbagliano quando ne enfatizzano le virtù ritenendo che essa possa comportare la definitiva e totale archiviazione della giustizia punitiva, fingendo di non vedere che i tempi attuali sono ancora pervasi da una diffusa istanza punitiva che potrebbe essere socialmente pericoloso non soddisfare in qualche modo. E soprattutto sbagliano quando pensano che il solido edificio razionale e garantista del diritto penale tradizionale possa essere

necessario, essendo il momento in cui stanno prendendo forma le prassi¹²² e la giurisprudenza¹²³. Un tema cruciale sembra così rappresentato dal riconoscimento di come l'intera Riforma si basi su una fiducia, totale e incondizionata, nei presupposti teorici della giustizia riparativa e nella figura del mediatore, nelle sue capacità e professionalità, nella sua infallibilità, come pure nell'incontro e nel superamento del conflitto per tale via. Si basa anche su una precisa visione antropologica, in realtà tutta da dimostrare caso per caso, per cui la persona è "naturalmente" proiettata al superamento del conflitto e al cambiamento laddove autrice di un reato o di un'offesa¹²⁴. Si tratta di una visione che della Riforma rappresenta un postulato ma che sarebbe piuttosto da problematizzare per i tanti assunti che, in maniera acritica e apodittica, presuppone, anche se non pacifici¹²⁵. Del pari, è problematico che – per come è formulata – la Riforma assuma incondizionatamente una conoscenza dei presupposti teorici della giustizia riparativa¹²⁶ che non è affatto detto siano noti tra chi – operatori del diritto, avvocati e magistrati – è chiamato ad applicarla, ponendo le basi per una incomprensione di fondo e per la creazione di equivoci deleteri, nel ricorso a pratiche extra giudiziarie e nell'utilizzo di espressioni inusuali *de plano* traslate nelle pronunce¹²⁷.

d'emblée sostituito con un indistinto indeterminismo legislativo dai contenuti poco razionali». F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 28.

¹²² O. MAZZA, *Così la giustizia riparativa può indebolire il ruolo del difensore*, cit., critica il localismo giudiziario, ad esempio del Protocollo operativo, che metterebbe a repentaglio l'art. 111 Cost. sul giusto processo, parlando di una palese illegittimità.

¹²³ V. F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., e le prime indicazioni che sul piano ermeneutico è possibile trarre anche dalla relazione elaborata dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

¹²⁴ «La premessa di tutto il lavoro della *Truth and Reconciliation Commission* (TRC) è la possibilità che le persone cambino» afferma Desmond Tutu in una nota intervista che conclude il film *One day after peace* (2021) di Miri ed Erez Laufer.

¹²⁵ R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, cit., 77, parla di una contrapposizione fra la giustizia riparativa come portatrice di inclusione, fiducia e speranza, ispirata a una visione di fondo di sostanziale fratellanza, in netta contrapposizione alla giustizia punitiva, che definisce dell'esclusione, della sfiducia e della disperazione, diretta a marcare e incrementare divisione e conflittualità; ancora, secondo l'a. «la giustizia riparativa si basa sulla fiducia e sulla speranza, che se non generano necessariamente amore, generano comunque sentimenti di compassione e condivisione».

¹²⁶ Si pensi ai principi enunciati nel documento UN ECOSOC Resolution 2002/12, contenente i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.

¹²⁷ Molti potrebbero essere gli esempi. Si pensi alla nozione di «vittima» ossia, secondo la legge, «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona» (art. 42, co. 1, lett. b), molto confusiva rispetto alla nozione processuale di persona offesa o a quella civilistica di persona danneggiata. Si pensi pure alla nozione di «persona indicata come autore dell'offesa», ossia di colei che viene «indicata come tale dalla vittima prima della proposizione della querela», ma anche l'indagato, l'imputato, la persona sottoposta a misura di sicurezza personale, condannata con pronuncia irrevocabile o nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità (art. 42, co. 1, lett. c). In quest'ultimo caso, si precisa che vale anche *ex art. 344-bis c.p.p.* o per intervenuta causa estintiva.

Si pensi ancora all'uso dell'espressione di «altri soggetti appartenenti alla comunità» rispetto a cui la normativa richiama familiari e persone di supporto, o ancora enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, Enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali e chiunque altro vi abbia interesse (art. 45, co. 1, lett. d).

Sicuramente, l'aver inserito una simile Riforma all'interno della normativa e dell'impianto tradizionale della giustizia ha rappresentato una espressa volontà di valorizzare al meglio le prospettive che la giustizia riparativa apriva, ponendo tuttavia i presupposti per un tradimento dello spirito più autentico che poteva forse essere preservato in altro modo. Si sarebbe potuto prevedere un rapporto di reciproca estraneità, con un'accessibilità al percorso riparativo a prescindere dalle vicende giudiziarie, come in realtà la Riforma – sia pure marginalmente – prevede laddove non sia presentata querela o la pena sia espiata e il reato estinto¹²⁸.

Alternativamente, si sarebbe potuto intervenire con strumenti di *soft law* e lasciando ai Centri – unici titolari delle competenze in materia – l'auto regolazione dei percorsi¹²⁹. Si sarebbe ad esempio potuto percorrere la via dei Piani nazionali contro la violenza che, proprio perché tesi a valorizzare ruolo e funzione dei Centri antiviolenza, si rimettono alle pratiche abitualmente in uso. Regolare così minuziosamente la giustizia riparativa e le interpolazioni con la giustizia, anche attraverso il ricorso a definizioni così distanti dal sistema tradizionale¹³⁰, sta finendo – giurisprudenza alla mano – per stravolgerne il significato, rischiando di porre nel nulla le promesse che questa Riforma era volta a realizzare e nel cui nome era stata approvata. Forte è infatti la contraddizione, che deriva dalla difficoltà di conciliare la tendenziale assenza di regole operative e metodologiche della giustizia riparativa e la loro difficile standardizzazione, rispetto a una “disciplina organica” non a caso definita espressione ossimorica¹³¹.

Nelle prime fasi applicative della Riforma si è peraltro assistito a un controsenso, posto che sono risultate compromesse le feconde pratiche che negli anni erano gemmate dai Centri, ora faticosamente ingolfati dall'impatto burocratico e formalistico che grava su di loro¹³² e pure

È problematico che la Riforma consenta l'ingresso della persona considerata autore dell'offesa con una vittima aspecifica quando la vittima diretta non intenda farlo, non potendosi cancellare il portato comunque riparatorio che il percorso deve assumere, calpestando del tutto la posizione della vittima che viene a essere nuovamente invisibilizzata.

Lo stesso “esito riparativo” evoca uno scenario più tipico del diritto civile che non del diritto penale, soprattutto laddove si richiamano le nozioni di accordi sulla frequentazione di persone o luoghi, risarcimento del danno, restituzioni (art. 56, d.lgs. 150/2022).

¹²⁸ Secondo F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., 15, questo sarebbe il volto più congeniale alla giustizia riparativa, basato su un sistema «di pacificazione sociale a prescindere dalla rilevanza penale delle vicende umane che possono essere assunte in carico ed eventualmente risolte dal servizio di conciliazione».

¹²⁹ Secondo E. MATTEVI, *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Un'introduzione*, cit., 2, è stata invece opportuna la scelta del legislatore «di valorizzare la giustizia riparativa nel sistema penale e in connessione col processo penale, allontanandosi dalle letture puriste che la vorrebbero del tutto diversa da quella punitiva e quindi aliena da ogni contaminazione con il tema della punizione».

¹³⁰ Nota come parlare di riforma organica per la giustizia riparativa rappresenti un ossimoro, che affianca due concetti antitetici, l'uno che rinvia a una sistematica, l'altro che è ontologicamente sfuggente e fluido, o se si vuole “insofferente” alle regole, L. PARLATO, *Giustizia riparativa e processo penale*, cit., 46.

¹³¹ Artt. 53 ss., d.lgs. 150/2022.

¹³² E ancor peggio sarà quando saranno a regime, considerando le attente disposizioni riguardanti le diverse fasi dei programmi, dalle attività preliminari allo svolgimento degli incontri, alla disciplina e alla valutazione degli eventuali esiti riparativi, nonché alla relazione e alle comunicazioni all'autorità giudiziaria. V. artt. 54-58, d.lgs. 150/2022.

risultando compressa quella forza propulsiva che, proprio in ragione della loro informalità, si era consolidata.

Dalle prime applicazioni, sembra inoltre confermato il rischio che la Riforma venga applicata con quelle «vecchie» lenti che la dottrina auspicava venissero modificate¹³³, senza dunque quel cambio di paradigma che, solo, appare in grado di garantirne un positivo impatto.

A fronte di tale scenario, le possibili vie d'uscita paiono la via maestra di una modifica normativa che potrebbe mitigare alcuni profili, ad esempio quelli di possibile frizione con il principio di non colpevolezza; si potrebbe ad esempio prevedere l'ammissione parziale dei fatti come requisito per l'accesso ai programmi¹³⁴, aspetto che probabilmente ridurrebbe l'«appetibilità» del programma ed è sostanzialmente già presente nel codice di rito quale presupposto del rito direttissimo cui seguono attenuanti generiche e specifiche, senza che a essa debba seguire necessariamente una sanzione penale¹³⁵. Si tratta tuttavia di una prospettiva che non appare realistica, anche considerando la complessità derivante dall'essere una Riforma legata agli obiettivi del P.N.R.R. e dunque soggetta a lunghi e incerti passaggi presso gli organismi dell'Unione europea incaricati di monitorare l'andamento dei piani attuativi del piano *Next Generation in EU*.

Senza piegarsi a quella «reazione di ripulsa» dei nuovi orizzonti offerti dalla giustizia riparativa ma anzi condividendo la chiamata alla collaborazione per adeguare mentalità ed etica professionali alle novità introdotte¹³⁶, più agevolmente, potrebbe intraprendersi la via di un'interpretazione conforme a Costituzione, rafforzando, per via ermeneutica, i profili che avvicinano la struttura della Riforma alla Carta, così da valorizzarne la compatibilità di fondo. Questo aspetto chiede tuttavia una massiccia e intensa formazione agli operatori, avvocati certamente, ma pure magistrati, le cui decisioni sembrano talvolta orientare la Riforma nella direzione esattamente opposta a quella cui si mirava. Per questo appare importante sin da subito valorizzare tale prospettiva, così da garantire la tutela delle parti del conflitto¹³⁷, ma soprattutto la tenuta del sistema nel suo insieme¹³⁸. Soltanto questa pare la via quantomeno per ridurre, se non del tutto eliminare, le criticità che la riforma organica indubbiamente pone e proiettare lo sguardo al di là degli aspetti che rischiano di impaludare nuovamente la giustizia per l'inserimento

¹³³ H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scattsdale, Herald Press, 1990.

¹³⁴ *Contra* E. MATTEVI, *La giustizia riparativa*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2023, 233 ss.

¹³⁵ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 411, auspicano una modifica all'art. 129-bis c.p.p. per escludere il potere di invio d'ufficio e la valutazione di utilità dell'intervento riparativo da parte del magistrato, e così di modifica all'art. 43, integrando le condizioni per l'accesso con il riconoscimento a opera delle parti dei fatti principali della vicenda.

¹³⁶ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, cit., 43.

¹³⁷ Semplificando ai minimi termini, la vittima, dal rischio di vittimizzazione, il reo, dalla pressione che può generarsi in ragione del rapporto con l'autorità giudiziaria.

¹³⁸ Avevo già rilevato il potenziale di frizione prima dell'approvazione della riforma in *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit.

massiccio di modalità del tutto avulse dall'ordinamento, di istituti e pratiche proprie di altri sistemi giuridici e di altre discipline, senza peraltro alcuna opera di mediazione, anche linguistica, né un'adeguata formazione degli operatori¹³⁹.

Posto che la formazione di un'interpretazione “costituzionalmente preferibile” della Riforma non pare confermata dai primi orientamenti giurisprudenziali, occorrerà dunque rafforzare sempre più l'orientamento che, in assenza di un radicamento in Costituzione di una tutela espressa della vittima¹⁴⁰ e di una limitata possibilità di ricondurre la giustizia riparativa al finalismo rieducativo, la valorizzi in quanto espressione del valore costituzionale della solidarietà¹⁴¹.

Proprio perché portatrice di quella “cultura” del dialogo e del confronto propria della Costituzione¹⁴², la Riforma potrà così rafforzare quel «tessuto costituzionale della mediazione»¹⁴³ che nella solidarietà vede radicate la qualità dell'ordinamento italiano e la stessa forma di Stato¹⁴⁴, laddove valorizza una dimensione relazionale capace di riconoscere l'altra persona e i suoi bisogni, in una chiave di reciprocità, così opponendosi a una deriva individualistica.

Se invece si persevererà nel negare le questioni problematiche che la Riforma pone, in nome dei certamente condivisibili obiettivi che ne erano alla base, appare evidente che il piano inclinato su cui ci si colloca condurrà a un fallimento annunciato. Il rischio infatti è che, pure a fronte dei postulati teorici della giustizia riparativa, l'opportunità di un prezioso cambio di paradigma possa tradursi in una occasione mancata, con l'ulteriore rischio di aggravare il già provato stato della giustizia, appesantito da nuovi passaggi ridotti a mera burocrazia.

¹³⁹ Per questo paiono importanti le attività formative rivolte ai magistrati e le verifiche imposte nella formazione ai mediatori, visto il ruolo chiave che ricoprono e che è realmente in grado di condizionare l'andamento della Riforma.

¹⁴⁰ Ciò a meno di non voler ricorrere al parametro dell'art. 117, valorizzando il sistema di tutela della vittima alla luce della Carta di Nizza (artt. 6 e 7) e del Trattato laddove valorizza i diritti delle vittime di criminalità (art. 82 TFUE), con una ricostruzione di cui M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La Giustizia Riparativa*, cit., 416, hanno riconosciuto fragilità e ardire.

¹⁴¹ A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa ed enti locali: quale possibile ruolo?*, in *Queste istituzioni*, 2021, 1, pp. 101-147; ID., *La giustizia riparativa nel quadro della solidarietà: spunti a partire dalla contemporaneità*, in B. PEZZINI (a cura di), *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 31-48.

¹⁴² N. COLAIANNI, *La mediazione come valore costituzionale*, in *Min. giust.*, 1999, 2. L'autore aveva individuato simile prospettiva a partire dall'intero tessuto dei *checks and balances* dei poteri, o meglio delle funzioni costituzionali, delineate in modo tale che nessuna avesse il potere di “vincere” fino in fondo, dunque di prevalere sugli altri organi o poteri costituzionali.

¹⁴³ Sia consentito rinviare al mio: *Il tessuto costituzionale della mediazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, disponibile in www.costituzionalismo.it, 3

¹⁴⁴ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, *Diritto e società*, 1/1996, p. 10.

queste istituzioni

**Il diritto di difesa dei detenuti
nell'ambito del procedimento
disciplinare tra norme e interpretazione**

Stefano Di Lena

Numero 3/2025

6 ottobre 2025

Il diritto di difesa dei detenuti nell'ambito del procedimento disciplinare tra norme e interpretazione

di Stefano Di Lena*

Sommario

1. Il diritto di difesa del detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare: esaustività o incompletezza delle disposizioni normative?. – 2. Possibili percorsi interpretativi e argomentativi in funzione del riconoscimento, in favore del detenuto incolpato, del diritto di avvalersi della difesa tecnica: difesa tecnica e *soft law*. – 2.1. Difesa tecnica e tutela dei diritti fondamentali. – 2.2. Difesa tecnica e natura giuridica delle sanzioni disciplinari previste dall'Ordinamento penitenziario. – 2.3. Difesa tecnica e disuguaglianza irragionevole tra il sistema disciplinare dell'ordinamento penitenziario e i sistemi disciplinari di altri ordinamenti giuridici. – 2.4. Difesa tecnica e bilanciamento di interessi. – 2.5) Difesa tecnica e profili di tutela giurisdizionale. – 3. I profili di attuazione pratica della soluzione prospettata in tema di diritto di difesa del detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare: consenso e sostenibilità economico – finanziaria. – 4. Conclusioni.

Sintesi

Lo scritto si propone l'obiettivo di argomentare la possibilità del riconoscimento, in favore del detenuto coinvolto in un procedimento disciplinare, della facoltà di avvalersi della difesa tecnica, pur in assenza di un'espressa previsione normativa al riguardo.

Parole chiave

Detenuti; procedimento disciplinare; diritto di difesa; interpretazione

1. Il diritto di difesa del detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare: esaustività o incompletezza delle disposizioni normative?

Il tema della tutela dei diritti dei detenuti e, più precisamente, quello di un innalzamento della relativa soglia è, di regola, affrontato, sia nel dibattito pubblico che in ambito scientifico, ponendosi soprattutto in una prospettiva *de iure condendo* e auspicandosi, in tale prospettiva, la modifica delle corrispondenti disposizioni previste dall'Ordinamento penitenziario¹.

* Dirigente penitenziario, Direttore della Casa circondariale di Ravenna. Le opinioni espresse nell'articolo sono personali dell'autore e non possono essere in alcun modo ricondotte all'Amministrazione di appartenenza.

¹ Per una recente, disincantata 'mappatura' dei diritti dei detenuti si v. L. CARACENI, *La mappa dei diritti delle persone detenute: distanze siderali tra utopia e realtà*, in *Educazione in carcere. Sguardi sulla complessità* (a cura di R. BEZZI e F. OGGIONNI), Milano, 2021, p. 113 e ss. L'A. annota criticamente come lo stesso lessico normativo, per il carattere variegato delle espressioni volta per volta utilizzate (es. *è assicurato*, *è garantito*, *è consentito*, *è offerto*) «non sempre aiuta a delineare in maniera univoca i confini della sfera giuridica dei ristretti».

Meno frequentemente, ci si imbatte nel tentativo di conseguire il risultato dell'incremento delle forme di tutela dei diritti dei detenuti assumendo come quadro di riferimento la normativa vigente e verificando se quest'ultima – a prescindere dalla volontà 'storica' del legislatore – presenti, dal punto di vista oggettivo, margini tali da consentire interpretazioni diverse da quelle generalmente invalse, interpretazioni che, appunto, *rebus sic stantibus*, già consentirebbero, almeno in parte, di pervenire a tale risultato.

La finalità di questo scritto è proprio quella di compiere siffatta verifica in relazione ad un settore di disciplina dell'ordinamento penitenziario – quello, appunto, riguardante il procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti² – il cui assetto, pur essendo stato interessato – come si vedrà – da alcune significative pronunce giurisprudenziali del Giudice di legittimità, non ha subito, nella prassi operativa via via affermatesi (almeno a quanto consta), significativi mutamenti nelle sue linee portanti, così come delineate dalle disposizioni legislative e regolamentari di riferimento³.

In relazione a tali disposizioni, occorre evidenziare come la relativa interpretazione si sia generalmente attestata su alcuni postulati di carattere escludente in termini di concreta conformazione del diritto di difesa (o, più correttamente delle facoltà in cui esso si articola), postulati ricavati esclusivamente dal tenore letterale delle stesse disposizioni, tra i quali, per quanto di interesse ai fini del presente scritto, l'assenza della previsione del diritto del detenuto di avvalersi della difesa tecnica nel corso del procedimento disciplinare.

Nel corso della successiva trattazione, si cercherà di argomentare come, in realtà, possa forse pervenirsi a conclusioni diverse da quelle di cui si è appena dato sommariamente conto e ciò sulla base di una serie concomitante di argomenti che – si può sin da ora anticipare – non paiono essere preclusi dal dato letterale dal quale, comunque, occorre muovere.

D'altro canto, l'eventuale, ritenuta fondatezza di un esito interpretativo diverso da quello largamente maggioritario – per non dire esclusivo – determinerebbe, senza dubbio, un innalzamento della soglia di tutela dei diritti dei detenuti in un ambito di regolamentazione che, per quanto si dirà, condiziona in modo significativo la progressione comportamentale, potendone giustificare il verificarsi di talune battute di arresto⁴.

² Per comodità espositiva, ci si riferirà in questo scritto al procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti, con l'avvertenza che le disposizioni concernenti la materia disciplinare si riferiscono anche agli internati (sulla base del principio di parità di condizioni sancito dall'art. 3 l. 354/1975 e s.m.i.), di tal che l'ambito soggettivo delle considerazioni e dei rilievi successivi deve ritenersi esteso anche a questi ultimi.

³ Com'è noto, la disciplina del procedimento disciplinare a carico dei detenuti è dettata dalla l. 354/1975 e s.m.i. negli artt. 38, 39 e 40 e dal d.P.R. 230/2000 e s.m.i., negli artt. 77 e ss. In relazione alle finalità della sanzione disciplinare, occorre invece far riferimento alle disposizioni previste dall'art. 36 l. cit., le quali, peraltro, riguardano il regime disciplinare nel suo complesso, comprendente, cioè, tanto le sanzioni disciplinari quanto le ricompense attribuite ai detenuti.

⁴ A titolo esemplificativo, si v. la disciplina dei permessi premio, in base alla quale la relativa concessione da parte del magistrato di sorveglianza è subordinata all'accertamento della regolare condotta intramuraria del richiedente (art. 30 *ter*, commi 1 e 8, l. 354/1975 e s.m.i.). Tale disposizione è interpretata come prescrittiva, ai fini

Parimenti non sembra irrilevante annotare come la restrizione della libertà personale si configuri alla stregua di un elemento che, di fatto, concorre a rendere più gravosa, per i detenuti, quell'intrinseca condizione di difficoltà nella quale, in termini generali, si trova qualsiasi soggetto dell'ordinamento giuridico nei cui confronti sia formulata un'incolpazione di carattere disciplinare; il che, forse, giustifica il tentativo di accreditare, per via interpretativa, il possibile riconoscimento di facoltà difensive, come quella di cui si è detto, non previste espressamente dalle citate disposizioni normative⁵.

2. Possibili percorsi interpretativi e argomentativi in favore del riconoscimento, in favore del detenuto incolpato, della facoltà di avvalersi della difesa tecnica: difesa tecnica e *soft law*.

Il dato normativo da cui prendere le mosse (invero, l'unico dato normativo) è costituito dalla previsione regolamentare che prevede come esclusiva facoltà defensionale per il detenuto quella di essere sentito a sua discolpa dall'organo investito del potere di adottare la decisione disciplinare⁶.

Nel prosieguo, s'intende pertanto verificare se vi siano margini interpretativi per accreditare il riconoscimento dell'ulteriore facoltà per il detenuto incolpato – facoltà pur non espressamente prevista – di avvalersi della difesa tecnica nell'ambito del procedimento disciplinare a suo carico.

Ove ci si collochi nella prospettiva di adesione all'opzione interpretativa che considera la nomina di un difensore tecnico come consentita, occorrerà poi chiedersi quali facoltà il difensore

della concessione del permesso di cui trattasi, della correttezza del comportamento sotto il profilo disciplinare, condotta che, comunque, deve altresì «denotare senso di responsabilità nella partecipazione alle attività trattamentali ed esprimere la volontà di intraprendere un processo di revisione critica delle precedenti scelte delittuose». In questi termini, si v. M. RUARO, *I permessi premio*, nel volume *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, Torino, 2023, pp. 82-83. L'incidenza condizionante delle condanne disciplinari rispetto al riconoscimento dei benefici penitenziari risulta a ben vedere configurabile anche rispetto alla liberazione anticipata. Sebbene, infatti, la disposizione che la prevede (si v. l'art. 54 l. 354 cit.) ne subordini la concessione alla *partecipazione all'opera rieducativa* omettendo riferimenti specifici alla regolarità della condotta dal punto di vista disciplinare, è inevitabile, nella prassi, come tale circostanza finisca per assurgere ad importante elemento di valutazione, soprattutto nelle ipotesi in cui l'offerta trattamentale negli istituti sia carente. Tuttavia, anche a prescindere da tale circostanza, è evidente come, in un'ottica generale, l'applicazione della sanzione disciplinare, essendo stata occasionata dalla violazione di regole, possa essere valutata alla stregua di un elemento che incide negativamente sulla partecipazione richiesta dalla richiamata disposizione normativa ai fini della concessione della liberazione anticipata.

⁵ Del resto, è significativo rilevare come esponenti della dottrina costituzionalistica, affrontando il tema dei diritti fondamentali, ascrivano alle istituzioni repubblicane «l'impegno "costituzionale" nella lotta alle situazioni di marginalità sociale, impegno cui si dovrebbe dare seguito soprattutto nei principali luoghi di realizzazione del principio di eguaglianza, che poi sono, di riflesso, i luoghi dove è più forte il rischio della creazione o del consolidamento delle disegualianze», e, tra questi, i luoghi di esecuzione della pena. In questi termini, di recente, M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, Torino, 2022, p. 142.

⁶ Si v. l'art. 81, comma 5, d.P.R. 230/2000. In breve, si deve evidenziare come per l'applicazione delle sanzioni più gravi previste dall'Ordinamento penitenziario – quelle di cui ai numeri 3), 4) e 5) dell'art. 39, comma 1, l. 354 cit. – sia competente un organo collegiale denominato consiglio di disciplina la cui composizione è disciplinata dall'art. 40, comma 2, della stessa legge; mentre le meno gravi sanzioni del richiamo e dell'ammonizione sono comminate dal direttore dell'istituto penitenziario.

possa, in concreto, esercitare e se le stesse siano o meno invariabilmente coincidenti e sovrapponibili con quelle esercitabili dal medesimo professionista nell'ambito del procedimento e del processo penale.

A valle delle prospettate questioni, se ne pone, infine, una ulteriore – ma di pari rilievo – che attiene al piano dell'effettività del diritto di nominare un difensore di fiducia: ovvero, quale sia lo strumento di tutela giurisdizionale attivabile, da parte dell'interessato, in caso di violazione di tale diritto, allorquando, cioè, l'amministrazione non consenta al detenuto di avvalersi della difesa tecnica o quando non consenta al difensore nominato di esercitare il proprio mandato⁷.

Per vero, il tema della difesa tecnica dell'incolpato di un illecito disciplinare in base alle disposizioni dell'Ordinamento penitenziario è stato più volte ripreso dalla dottrina nell'ambito di riflessioni di carattere generale sugli aspetti di parziale inadeguatezza del sistema disciplinare così come attualmente disciplinato, auspicandosene – come segnalato in precedenza – la modifica proprio in relazione ai profili qui trattati.⁸

Orbene, prendendo in considerazione esclusivamente il dato letterale di cui si è detto all'inizio del presente paragrafo, si potrebbe anche essere indotti, in un primo momento, a propendere per l'esclusività dell'unica facoltà difensiva prevista dalla normativa vigente.

Ad avviso di chi scrive, si tratterebbe, tuttavia, di una opzione ermeneutica non condivisibile, potendovisi opporre la considerazione - formulabile proprio continuando a mantenere il piano di analisi in corrispondenza della sola interpretazione letterale - che la stessa

⁷ D'altro canto, la connessione tra il riconoscimento di un diritto e l'esigenza della fruibilità di uno strumento di tutela giurisdizionale per l'eventualità della sua violazione costituisce, ormai, acquisizione irretrattabile (anche) in ambito penitenziario, quanto meno a far data dalla sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 1999, n. 26.

⁸ Di recente, si richiamano le considerazioni di D. BRUNO, *Il procedimento disciplinare carcerario: brevi riflessioni sulle questioni aperte*, nel fascicolo 5/2021 della rivista telematica *Giurisprudenza penale*, accessibile all'indirizzo web <https://www.giurisprudenzapenale.com>, nel contesto nelle quali l'A., ponendosi espressamente in una prospettiva *de iure condendo*, si chiede, in modo retorico, se l'amministrazione stessa non sia essa stessa maggiormente garantita da una *giurisdizionalizzazione* del procedimento disciplinare, con la conseguente apertura di tale procedimento alla presenza del difensore tecnico. In dottrina, muovono dal presupposto che, nell'ambito del procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti, non sia consentita né la nomina del difensore (e neppure quella dell'interprete), F. FIORENTIN, C. FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, p. 177; L. LUPARIA, *Manuale di diritto penitenziario* (a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA), cit., p. 146; M. G. COPPETTA, *Commento all'art. 38*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, Padova, 2019, p. 521. Per una ricognizione del ruolo del difensore delle persone detenute nell'esclusiva dimensione processul-penalistica, si v., invece, di recente, i rilievi, in parte critici, formulati da A. DIDDI, *La condizione del detenuto*, nel volume *La fragilità della persona nel processo penale* (a cura di G. SPANGHER e A. MARANDOLA), Torino, 2021, p. 485 e ss., spec. 497 e ss. In una dimensione tutt'affatto diversa da quelle di cui si tratta nel testo e nella presente nota, ma pur ugualmente molto rilevante, la figura del difensore tecnico del detenuto è valorizzata – unitamente ad altre – nell'ambito di analisi e di studi che si basano sull'approccio situazionale nella prevenzione del rischio suicidario negli istituti penitenziari, approccio che vede il difensore come uno dei soggetti che, intrattenendo con il detenuto un rapporto professionale dal quale scaturisce, soprattutto se esso è consolidato nel tempo, una conoscenza personale reciproca, potrebbe intercettare tale rischio in occasione di determinati eventi (ad es., al termine di un colloquio ovvero al termine di un'udienza) e riferirne immediatamente agli operatori penitenziari per l'adozione delle misure di prevenzione. Per l'elaborazione e lo sviluppo di questo approccio, si v. P. BUFFA, *La prevenzione del suicidio in carcere: gli elementi essenziali per l'elaborazione di un programma efficace*.

disposizione cui si è fatto riferimento (come non prevede espressamente) neppure, però, vieta espressamente l'esercizio di ulteriori facoltà difensive⁹.

Si noti, del resto, come, a normativa invariata, la stessa giurisprudenza di legittimità, proprio al fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa del detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare, ne abbia, in definitiva, integrato il contenuto (rispetto a quello apparentemente esclusivo previsto dalla disposizione regolamentare), affermando il principio – che ormai può ritenersi consolidato – secondo il quale tra la contestazione dell'illecito e lo svolgimento dell'udienza deve intercorrere un lasso di tempo ragionevole in modo da consentire al detenuto di predisporre le proprie difese¹⁰.

Quel che tuttavia sembra opportuno evidenziare è che volendosi, per ipotesi, valutare l'orientamento appena citato con il criterio dell'interpretazione letterale, non potrebbe che concludersi per la violazione, ad opera dello stesso, della *littera legis* (che, infatti, non prevede alcun termine dilatorio tra la contestazione e lo svolgimento dell'udienza disciplinare).

L'esito paradossale – e, tuttavia, logicamente obbligato – che si è appena esposto costituisce, dunque, un ulteriore elemento che induce ad affrontare la questione inizialmente prospettata in una diversa prospettiva di analisi, la quale si incentri non solo sul dato letterale – che, per quanto sopra detto, non appare risolutivo, potendo legittimare una conclusione di segno opposto rispetto a quella dell'esclusività della facoltà difensiva espressamente prevista – ma, al contrario, si indirizzi verso una visione d'insieme di carattere sistematico, che tenga, cioè, conto anche di altri principi ovvero di altre disposizioni applicabili alla materia in esame.

Visione – questa – che, poi, in effetti, è quella che emerge nel citato orientamento della giurisprudenza di legittimità il quale ravvisa un nesso funzionale tra la congruità del termine di fissazione dell'udienza disciplinare e l'effettività della garanzia del diritto di difesa.

⁹ D'altro canto, un ampliamento di queste ultime appare invero talvolta essere stato attuato nell'ambito di talune prassi applicative che riguardano le ipotesi in cui l'incolpato, durante l'udienza disciplinare, faccia riferimento, per la propria difesa, alla conoscenza dei fatti da parte di altri detenuti: in tali evenienze – rispetto alle quali non v'è, all'evidenza, alcuna indicazione di carattere normativo – in funzione del più compiuto accertamento dei fatti e di tutela del diritto di difesa, si fa comunque in modo di acquisire le dichiarazioni delle persone alle quali il detenuto si è riferito disculpandosi personalmente. A tal fine, ad esempio, nel rispetto della prevista tempistica procedimentale, può convocarsi una successiva udienza ovvero, quando ciò non sia possibile perché ne deriverebbe il superamento del termine previsto per la decisione finale, possono essere disposte la sospensione dell'udienza in corso e la convocazione immediata delle persone indicate dall'incolpato con le dichiarazioni di discolta. Si tratta, comunque, di soluzioni operative attuate nella prassi e che, in quanto tali, potrebbero non essere adottate uniformemente, con l'inevitabile rischio di irragionevoli disparità di trattamento. La possibilità per il detenuto incolpato di chiedere l'audizione di testimoni è stata prospettata espressamente dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario presieduta dal Prof. Marco Ruotolo, nell'ambito delle proposte di modifica dell'art. 81, comma 5, del Regolamento. I lavori della Commissione sono stati resi disponibili sul sito del Ministero della Giustizia.

¹⁰ In proposito, si v., nuovamente, anche la proposta di modifica dell'art. 81, comma 4, del Regolamento, elaborata dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, i cui lavori sono stati citati nella nota precedente: secondo tale proposta, in particolare, la convocazione dell'incolpato all'udienza disciplinare dovrebbe essere disposta per una data che sia distante di almeno quarantotto ore da quella della contestazione.

Sotto altro profilo e in una prospettiva di carattere più generale, neppure può trascurarsi la circostanza che, talvolta, è proprio la formulazione letterale delle disposizioni a consentirne un costante adattamento interpretativo, di carattere migliorativo, in relazione ai contesti storici e normativi che, progressivamente, si succedono nel tempo, senza che siano a tal fine necessari interventi modificativi e/o integrativi, i quali, allorquando eventualmente sopraggiungano, non possono che limitarsi a sancire, a meno di improbabili sovvertimenti, proprio la formalizzazione di esiti interpretativi già ampiamente consolidatisi nella prassi¹¹.

Nella consapevolezza, dunque, che, nel caso di specie, il dato normativo non risulta dirimente per sciogliere in un senso o nell'altro il dubbio interpretativo che si è prospettato, risulta necessario valutare quale delle due possibili ma opposte interpretazioni fondate sul tenore letterale della citata disposizione regolamentare possa vantare, anche *aliunde*, un maggior fondamento giuridico rispetto all'altra, in una logica di coerenza e di razionalità sistematiche¹², tenendo, peraltro, sempre a mente, quando si tratti di scegliere tra opzioni interpretative

¹¹ Al riguardo si può seppur solo sommariamente rilevare come il fenomeno descritto nel testo si configuri tipicamente proprio in relazione all'emersione di 'nuovi diritti', fenomeno – questo – la cui verifica è agevolata dalla presenza, nelle Carte costituzionali, di disposizioni 'aperte' (si v., ad esempio, l'art. 2 Cost.), le quali, sfuggendo alla logica della rigida tipizzazione dei diritti fondamentali, dovrebbero consentire ai soggetti chiamati a farne applicazione – non solo i giudici ma anche le pubbliche amministrazioni – di 'attualizzare' il catalogo dei diritti oggetto di specifico riconoscimento, comunque in una logica di reciproco bilanciamento. Con riguardo allo specifico ambito penitenziario, il fenomeno dell'emersione dei diritti cui si è sopra fatto cenno è stato indagato da S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, p. 183 e ss. In particolare, l'A., trattando il tema dei diritti dei detenuti soprattutto in relazione all'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, li annovera in tre categorie: quella dei diritti emersi, quella dei diritti ad effettività emersa e, infine, quella dei diritti sommersi. Nell'ambito di questa ricostruzione, la stessa A. sottolinea l'importanza del ruolo svolto storicamente dalla giurisprudenza costituzionale sia in funzione dell'emersione di diritti non espressamente positivizzati ma, comunque, ritenuti espressione dei principi costituzionali di inviolabilità, dignità, umanità e rieducazione, sia in funzione di presidio rispetto all'efficacia di diritti sconosciuti sul piano dell'effettività, pur essendo normativamente previsti. In una prospettiva di carattere generale, il tema dei 'nuovi diritti' era già stato preso da tempo in considerazione dalla dottrina costituzionalista: in particolare, tra gli altri, si v. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995.

¹² Affrontando la tematica dell'interpretazione e analizzando, in relazione alla disposizione prevista dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, il fenomeno del progressivo arretramento del criterio dell'interpretazione letterale in favore di quello dell'interpretazione sistematica e dell'interpretazione teleologica, osserva M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti diritti, giustizia costituzionale*, Torino, 2022, p. 21 e s., come «la "razionalizzazione" del testo attraverso l'interpretazione non può giungere (...) oltre il punto che determini il travalicamento o lo stravolgimento della lettera. A partire, dunque, dall'orizzonte di senso (della lettera) della disposizione che venga in rilievo, l'interprete deve cercare di estrarre i significati (le norme) che siano conformi alla ratio dell'intervento normativo, tenendo conto del contesto in cui esso va ad inserirsi». Aggiunge poi lo stesso A. che «se dalla stessa disposizione possono ricavarsi più significati "razionali", l'interprete dovrà scegliere quello che valga a fugare eventuali dubbi di costituzionalità della norma, anche se ciò può determinare, sempre nell'ambito dell'orizzonte di senso, un ulteriore allontanamento dalla lettera». Di recente, la necessità che l'interpretazione delle disposizioni normative tenga conto dei contesti in cui le stesse si inseriscono è sottolineata da G. AMATO, *La forza recondita delle parole*, contributo nel volume *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, di F. MODUGNO, A. LONGO, Napoli, 2021, p. XXIII. L'A., in particolare, reitera alcuni rilievi da lui già formulati in merito al pensiero giuridico del costituzionalista Carlo Lavagna, rilevando come per contesto non debba intendersi «la realtà storico-politica allo stato brado» ma «un ordine, segnato da una sua logica, che muta nel tempo con lenta evoluzione», un ordine che si salda, integrandola e formando con essa un'unica entità, con la *ratio legis* sottesa alle singole prescrizioni normative.

differenti riguardanti disposizioni che hanno ad oggetto i diritti dei detenuti, il criterio – guida è costituito dal principio da tempo elaborato dalla Corte costituzionale, alla stregua del quale le limitazioni dei diritti dei detenuti sono ammissibili solo quando siano giustificate da specifiche esigenze di sicurezza, risolvendosi altrimenti le stesse in un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, incompatibile con l'art. 27, comma 3, Cost.¹³

Si è sin qui discusso, in termini generali, del possibile riconoscimento, in favore del detenuto incolpato disciplinarmente, di una ulteriore facoltà difensiva, costituita, per l'appunto, dalla possibilità di avvalersi della difesa tecnica, con ciò intendendosi prendere preliminarmente posizione su un profilo costituito dall'esclusione dell'obbligatorietà della difesa tecnica *in subiecta materia*.

A tale riguardo, sembra assuma peculiare rilievo la disposizione dettata dall'art. 4 l. 354/1975 e s.m.i. la quale, prevedendo che il detenuto eserciti personalmente i diritti previsti dall'Ordinamento penitenziario, anche quando si trovi in caso di interdizione legale, delinea un contesto normativo chiaramente orientato alla massima tutela della libertà di scelta del detenuto e della sua individualità soggettiva nell'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti.

In questo contesto, dunque, quand'anche si pervenga a ritenere ammissibile un ampliamento delle facoltà in cui si articola il diritto di difesa del detenuto, non potrà affermarsi la doverosità della difesa tecnica nell'ambito del procedimento disciplinare, in quanto siffatta conclusione costituirebbe un esito interpretativo incongruo, perché, in definitiva, comporterebbe la completa pretermissione dei suddetti valori, espressamente tutelati dalla legge, finanche in presenza di una condizione giuridica (lo stato di interdizione legale), che, in base ad una regola generale dell'ordinamento giuridico (qui, invece, espressamente derogata), comporta una limitazione della capacità agire.

Procedendo, ora, secondo un criterio di crescente vincolatività delle diverse componenti del complessivo sistema di disciplina della materia disciplinare, può innanzi tutto rilevarsi come un'indicazione espressa circa la facoltà del detenuto incolpato di farsi assistere, nel corso del procedimento disciplinare da un difensore tecnico, è prevista da un'autorevole fonte di *soft law* e, segnatamente, dalle Regole penitenziarie europee¹⁴.

Sebbene – com'è noto – si tratti di previsioni prive di efficacia vincolante diretta, occorrerebbe considerarne il rilievo assunto, nel corso del tempo, soprattutto nell'ambito della

¹³ Nel contesto di una riflessione più generale sul tema quasi ossimorico della libertà della persona detenuta, il principio è richiamato da M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, nel fascicolo 6/2021 della rivista telematica *Osservatorio Associazione italiana dei costituzionalisti*, accessibile all'indirizzo web <https://www.osservatorioaic.it>, il quale lo configura come un «criterio fondamentale [che] dovrebbe essere tenuto in massima considerazione dall'amministrazione nella sua fondamentale opera di interpretazione del dettato normativo, che spesso si traduce nella redazione di circolari».

¹⁴ Se ne veda il testo aggiornato al 2020 sul sito del Consiglio d'Europa al seguente link: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ee581.

giurisprudenza della Corte EDU, in funzione di chiarimento della portata e dell'ambito di applicazione delle disposizioni convenzionali, alle quali, in definitiva, si sono saldate, finendo per integrarne il contenuto¹⁵.

E' ben vero, dunque, che dalle predette Regole non discende direttamente un obbligo cogente di conformarvisi a carico degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa e, tuttavia, non sembra possano ravvisarsi ostacoli a che le stesse siano addotte a fondamento di un'interpretazione – e di una conseguente applicazione – che ne recepisca le indicazioni, essendo queste ultime, senza dubbio, in linea con i livelli di tutela dei diritti dei detenuti previsti dalla nostra Costituzione oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel caso di specie, in particolare, viene in rilievo il contenuto della Regola n. 59 nella parte in cui facoltizza il detenuto incolpato a difendersi (oltre che da solo) per mezzo di un assistente legale qualora ciò sia necessario nell'interesse della giustizia¹⁶.

A fronte della natura eterogenea - sotto il profilo della rispettiva vincolatività - delle fonti che concorrerebbero alla disciplina di una determinata fattispecie – ma qui il discorso assume carattere generale e non vale solo per la specifica questione presa in considerazione – il ruolo dell'amministrazione nel promuovere e stabilizzare il rapporto di integrazione tra la disposizione normativa e quella di *soft law* appare fondamentale e, a ben vedere, potrebbe trovare compiuto svolgimento attraverso l'emanazione di una circolare che *crystalizzi una certa interpretazione del dettato normativo*¹⁷ nel senso che si è indicato della possibilità di difendersi nel procedimento disciplinare (anche) ricorrendo ad un difensore tecnico, coniugando, a tale scopo, le disposizioni

¹⁵ Stigmatizza la tendenza nazionale alla 'sottovalutazione' (se non alla 'svalutazione') delle Regole penitenziarie europee, sottolineando come, in realtà, proprio la violazione di queste ultime, essendo le stesse assunte dalla Corte EDU come criteri di interpretazione delle disposizioni convenzionali, abbia comportato la condanna dell'Italia, per violazione dell'art. 3 della Convenzione, nei noti casi Sulejmanovic e Torreggiani, M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, cit. p. 124. Di recente, una valutazione critica in relazione al c.d. *soft law* è stata formulata da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 148 e s. L'A., collocandosi nel solco di riserve già espresse da altri studiosi, ritiene che gli effetti discendenti dall'applicazione del *soft law* alterino l'equilibrio dei poteri che, in un sistema costituzionale, si esprime anche attraverso l'assegnazione di distinte competenze a diversi soggetti istituzionali e attraverso il rispetto di determinate procedure formali per la produzione del diritto. Tale valutazione, almeno nei termini generali in cui è formulata, non sembra tuttavia pienamente condivisibile, se sol si consideri che il *soft law* trae origine nell'ambito di contesti istituzionali, dunque pienamente formalizzati, la cui legittimazione non può che derivare dalle norme che espressamente li prevedono. Rilievo – questo – che, nel nostro ordinamento, si ritiene possa valere tanto più in relazione al *soft law* ascrivibile a contesti sovranazionali, il cui riconoscimento si fonda sul principio internazionalista cui, tra gli altri, si ispira la Costituzione.

¹⁶ Si v. la Regola penitenziaria n. 59, lett. c. Una previsione di tenore analogo è altresì contenuta nelle *Mandela Rules*, adottate, nella loro attuale formulazione, dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel mese di dicembre del 2015 e il cui testo è consultabile al seguente link: <https://www.unodc.org/unodc/justice-and-prison-reform/nelsonmandelarules.html>. In particolare, la Regola n. 41, n. 3, prevede che i detenuti incolpati della commissione di un illecito disciplinare, devono essere autorizzati a difendersi personalmente o tramite assistenza legale, quando gli interessi della giustizia lo richiedano, in particolare in caso di gravi accuse disciplinari.

¹⁷ L'espressione è di M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, cit. In termini generali, lo stesso A. sottolinea il rilievo assunto dall'interpretazione delle norme effettuata, a livello amministrativo, tramite l'emanazione delle circolari, nel *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 122.

normative riguardanti il procedimento disciplinare e le indicazioni (non incompatibili) risultanti dalla richiamata Regola penitenziaria.

Anzi, a ben vedere, nell'ipotesi che si sta esaminando – forse più che nelle altre che di seguito si prospetteranno – l'adozione di un simile atto amministrativo diventerebbe, di fatto, necessaria per veicolare efficacemente, in termini prescrittivi, una determinata interpretazione del testo normativo, la quale, in mancanza di un'indicazione interpretativa intermedia, potrebbe stentare ad affermarsi, se non altro in modo uniforme, proprio in ragione della peculiare natura giuridica di una delle due componenti testuali utilizzate per ricavare la regola concretamente applicabile al caso di specie.

2.1. Difesa tecnica e tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

La progressione dell'analisi delle questioni prospettate all'inizio del precedente paragrafo, proprio per assecondare una visione d'insieme che vede nella disciplina del procedimento disciplinare una componente normativa non isolata della complessiva disciplina dell'Ordinamento penitenziario, si deve ora attestare su una disposizione, inserita nel testo dell'art. 1 l. 354/1975, ad opera della riforma del 2018.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 1, comma 3, l. cit. che, nell'attuale formulazione, prevede, nella prima parte, che ad ogni persona privata della libertà personale sono garantiti i diritti fondamentali, mentre, nella seconda parte, sancisce il divieto di ogni violenza fisica o morale in suo danno.

Soffermando l'attenzione sulla prima parte della disposizione, v'è da rilevare come, in dottrina, non si riscontri unanimità di vedute circa la sua esatta portata, essendo stata espressa sia l'opinione che assegna alla stessa disposizione una valenza esclusivamente ideologica e sia quella che vi riconnette invece una portata innovativa ma – par di comprendere – sempre solo sotto il profilo nominalistico, nel senso che la formula adoperata dal legislatore sarebbe l'espressione di sintesi della tutela che risulta già assicurata dall'Ordinamento penitenziario (anche) a diritti diversi da quelli qualificabili come diritti umani¹⁸; in altri termini, anche secondo quest'ultima impostazione teorica, non sembra che la disposizione in esame possa rivestire

¹⁸ Nel primo senso, si v. i rilievi espressi da G. MELCHIORRE NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 2021, p. 1307 e s.; nel secondo senso si v., invece, i rilievi formulati da V. GREVI - F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Commento all'art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, Padova, 2019, p. 5. In dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della parziale riforma della l. 354/1975 ad opera dei decreti legislativi attuativi della delega di cui alla l. 103/2017, la nuova formulazione dell'art. 1, comma 3, dell'Ordinamento penitenziario e, più in generale, tutte le disposizioni di principio contenute nello stesso articolo sono state valutate con scetticismo da P. GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo art. 1 dell'OP*, nel volume *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. GONNELLA, Torino, 2019, p. 14, secondo il quale, in assenza di una riforma organica dell'Ordinamento penitenziario, «il destino di questo articolo è affidato alle sole mani dell'amministrazione penitenziaria e delle singole direzioni carcerarie», cui rimarrebbe affidato il compito di darvi attuazione, «interpretandolo o meno in chiave conforme all'art. 27 della Costituzione e delle Regole penitenziarie europee».

un'autonoma portata prescrittiva o, se si preferisce, costitutiva, tale, cioè, da conferire fondamento normativo a diritti non nominativamente previsti.

Un esito diverso rispetto alle conclusioni appena prospettate, si profilerebbe, invece, ove, volendosi far applicazione del criterio ermeneutico dell'interpretazione utile, si riconosca che la disposizione di cui trattasi è provvista non già di una mera efficacia ricognitiva, bensì di un'efficacia costitutiva di diritti non espressamente contemplati, i quali dovrebbero ricevere uguale tutela rispetto a quelli già espressamente previsti.

In questa prospettiva, ci si deve allora chiedere se il diritto di difendersi nel procedimento disciplinare avvalendosi dell'opera di un difensore tecnico si configuri, *ex se*, come un diritto fondamentale che possa trarre la propria legittimazione ed il proprio fondamento direttamente dalla citata disposizione di legge.

Orbene, di diritto fondamentale¹⁹ deve senza dubbio discorrersi con riferimento al diritto di difesa, essendo lo stesso previsto dalla Costituzione – che ne afferma l'inviolabilità – oltre che dalle fonti sovranazionali, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰; si tratta tuttavia di verificare se una siffatta qualificazione possa automaticamente essere trasposta dall'ambito processuale, cui tradizionalmente afferisce, a quello disciplinare.

Non sembra per vero che ciò sia possibile, se non previa dimostrazione del carattere fondamentale del diritto in questione anche in relazione a tale procedimento: operazione che, tuttavia, postula il compimento di preliminari passaggi argomentativi finalizzati alla ricerca di un autonomo fondamento normativo di tale diritto.

Tuttavia, una volta che rimanga dimostrata (in base alle diverse ipotesi interpretative che si vanno qui via via prospettando) la configurabilità in favore del detenuto del diritto di difendersi nel procedimento disciplinare mediante l'ausilio di un difensore tecnico, anche a tale diritto – al pari degli altri espressamente previsti e disciplinati – dovrebbe riconoscersi la natura di diritto fondamentale²¹, conseguendone l'obbligo di tutela espressamente sancito dalla citata disposizione dell'Ordinamento penitenziario. Obbligo – questo – che dovrebbe trovare compiuto svolgimento nella garanzia delle prerogative del difensore sia sul versante sostanziale, in termini di concreta agibilità delle stesse nel corso del procedimento disciplinare, sia sul versante giurisdizionale,

¹⁹ Dal punto di vista costituzionale, la nozione di diritto fondamentale è generalmente delineata mediante il riferimento a situazioni giuridiche soggettive riconosciute da norme fondamentali, come quelle contenute nella Costituzione o anche nelle Carte sovranazionali. In tal senso, si v., tra gli altri, RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 129 e G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, p. 109.

²⁰ Si v. gli artt. 24 e 111 Cost. nonché l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tuttavia, rispetto a tale diritto considerato nella sua dimensione (esclusivamente) processuale, la disposizione dell'Ordinamento penitenziario citata nel testo non sembra incidere sulla conformazione della relativa tutela, che è già delineata dalle norme dettate dal codice di procedura penale, per la disamina delle quali si rinvia, anche per talune valutazioni critiche, a DIDI, *La condizione del detenuto*, cit., p. 485 e ss.

²¹ Tale qualificazione discenderebbe inevitabilmente dalla connessione tra il diritto in questione e i principi e le disposizioni di rilievo costituzionale e convenzionale assunti a fondamento dello stesso.

nell'ipotesi in cui siffatte prerogative subiscano un qualche pregiudizio che si riverberi negativamente sulla difesa del detenuto incolpato.

In questa prospettiva, allora, la clausola generale contenuta nella citata disposizione dell'Ordinamento penitenziario, mentre forse appare superflua in funzione della tutela di diritti già garantiti dallo stesso Ordinamento, non lo è affatto (anzi, assume particolare rilievo) proprio rispetto a (nuovi) diritti, come quello di cui si discorre in queste pagine, i quali, pur non essendo espressamente contemplati, possono comunque essere delineati, almeno nei loro tratti essenziali, già sulla base di principi generali e nel contesto di un quadro normativo d'insieme, le cui componenti siano unitariamente considerate²².

Da quest'angolazione, dunque, la clausola in esame sembra esser stata concepita proprio nella prospettiva del venire ad esistenza di diritti 'atipici', nel senso che si è appena sopra precisato, rispetto ai quali essa funge da vincolo, in funzione della relativa tutela, non tanto per il legislatore (stante il livello ordinario della fonte che la enuncia e il conseguente carattere oggettivamente stravagante che assumerebbe un obbligo che lo stesso legislatore impone a se stesso) quanto per i soggetti istituzionali (in via prioritaria, l'amministrazione penitenziaria e, in via succedanea, il giudice), tutte le volte in cui ravvisino la configurabilità di un diritto fondamentale del quale debba essere, appunto, assicurata la protezione, quando ciò non richieda necessariamente l'intervento dello stesso legislatore.

Può fors'anche dirsi come la clausola normativa sui diritti fondamentali ponga a carico di chi debba farne applicazione (autorità amministrative e autorità giudiziarie, secondo la

²² Si può forse evocare, in questo caso, la categoria dei c.d. diritti emersi, secondo la classificazione proposta da TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., p. 184. Di recente, per vero, una critica al fenomeno della configurazione di nuovi diritti per il tramite dell'attività interpretativa è formulata da LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 160; l'opinione espressa dall'A. si riferisce espressamente all'interpretazione giurisprudenziale ma, per i termini in cui è formulata, ben può ritenersi estesa anche a quella di matrice amministrativa, che è quella cui ci si riferisce nel testo. In particolare, sostiene lo stesso A. che qualsiasi fenomeno di creazione di (nuovi) diritti non può vedere come protagonista prioritario il giudice (ma, per quanto si è appena detto, il discorso vale anche per l'amministrazione), in quanto sarebbe sempre preliminarmente necessario il coagularsi, intorno al diritto nascente, di «un consenso sociale maturatosi attraverso la lotta politica, in difetto del quale il riconoscimento dei diritti sarebbe pericolante»; è tale consenso che, poi, secondo l'argomentazione che si sta esaminando, dovrebbe ispirare e legittimare l'intervento del legislatore. Tale impostazione non appare, per vero, pienamente condivisibile, nella misura in cui la stessa postula un ruolo meramente ancillare ed esecutivo del giudice (e, più in generale, per quanto appena detto, dell'interprete) rispetto ad istanze (poi 'codificate') che sembrano assumersi, in via preventiva ed assoluta, come giuste in quanto 'popolari', mentre, al contrario, ben può accadere che, rispetto a determinati ambiti ordinamentali (e quello penitenziario è sicuramente uno di questi), per ragioni diverse, nessuna istanza di tutela dei diritti (o di nuovi diritti) sia assistita da un sufficiente consenso sociale, non potendo così che rimanere sempre invariato il relativo assetto normativo. La circostanza connessa al difetto di consenso, quindi, non pare possa ritenersi preclusiva del dispiegarsi del ruolo dell'interprete (sia esso giudice o amministrazione), nell'ipotesi in cui talune esigenze di garanzia di diritti possano comunque rinvenire già nell'assetto normativo vigente un plausibile fondamento, pur senza essere assistite da un adeguato livello di consenso sociale. Far discendere dalla pretesa assenza di quest'ultimo un effetto rigidamente conformativo rispetto all'interpretazione delle norme, nei termini sopra precisati, significherebbe, invece, precludere, a tempo indefinito, l'evoluzione dell'interpretazione in settori in cui essa è non solo necessaria, ma anche giuridicamente e razionalmente possibile, fermi restando i limiti che l'interpretazione conosce (o dovrebbe conoscere) in relazione alle disposizioni penali incriminatrici, in ossequio al principio di legalità.

successione che si è già delineata) un'obbligazione di risultato – l'obbligazione, appunto, della tutela dei diritti emersi – rimettendo ai destinatari della previsione in esame la scelta dei mezzi utili allo scopo, tra quelli che, privilegiandosi sempre una logica di coerenza sistematica, appaiono congruenti con il complesso delle disposizioni che disciplinano la materia di riferimento.

Per altro verso, oltre quello che si è sin qui esplicitato, un ulteriore effetto utile della disposizione in esame può essere forse ravvisato laddove si rifletta, in termini generali, sul fatto che un diritto fondamentale del detenuto può essere esposto sia a violazioni dirette che a restrizioni indirette o mediate, le quali, cioè, non riguardano direttamente il contenuto del diritto preso in considerazione ma – se mai – discendono dalle concrete modalità di applicazione di altre fattispecie, destinate, però, ad interagire con lo stesso diritto, modalità dalle quali potrebbe scaturire, in relazione a quest'ultimo, un effetto pregiudizievole.

Per quanto concerne i profili oggetto d'esame, si è già detto come le sanzioni disciplinari possano incidere negativamente sulla progressione trattamentale del detenuto, impedendone l'accesso a determinati benefici, i quali risultano senza dubbio valutabili nell'ottica di un diritto fondamentale, qual è, in fondo, quello discendente dalla finalità rieducativa cui le pene devono tendere.

In questa prospettiva, allora, nella quale un ampliamento dei diritti della difesa nell'ambito del procedimento disciplinare – nei termini che si stanno delineando – può concorrere, seppur in via mediata, alla più efficace tutela (anche) di diritti fondamentali del detenuto²³, la disposizione prevista dall'art. 1, comma 3, dell'Ordinamento penitenziario potrebbe assurgere a criterio utile ad indirizzare la scelta tra più opzioni interpretative della disciplina normativa di riferimento, verso quella che, al confronto delle altre, appare più idonea ad accrescere il livello di tutela del diritto fondamentale – connesso, come si è visto, alla finalità rieducativa – con il quale l'esercizio del potere disciplinare può in concreto interferire.

2.2. Difesa tecnica e natura giuridica delle sanzioni disciplinari previste dall'Ordinamento penitenziario.

Nell'ambito della verifica che si sta conducendo sulla base delle premesse metodologiche dapprima delineate, non può di certo sfuggire come un peculiare rilievo assuma l'individuazione della natura giuridica delle sanzioni disciplinari applicabili nei confronti dei detenuti, alla stregua degli ormai consolidati criteri utilizzati dalla Corte E.D.U. per definire il concetto di *materia penale* e, correlativamente, di *accusa penale*, ai fini dell'applicazione delle garanzie processuali e sostanziali

²³ Ciò nella misura in cui si ipotizzi, ad esempio, che, in determinate occasioni, l'intervento del difensore potrebbe effettivamente giovare al detenuto incolpato disciplinarmente, per la deduzione di elementi di fatto e di diritto idonei ad evitargli la condanna disciplinare, la quale, come s'è detto, si può configurare come uno degli indici di valutazione di segno negativo ai fini dell'istruttoria e della decisione in merito al riconoscimento dei benefici penitenziari, cui corrispondono le varie fasi della progressione trattamentale del detenuto, in vista del suo reinserimento sociale.

previste, dagli artt. 6 e 7 della Convenzione, la quale assurge a parametro interposto di costituzionalità nei giudizi di costituzionalità promossi a fronte di rilevate violazioni della stessa ad opera di disposizioni legislative interne²⁴.

D'altro canto, questi stessi criteri assumono preliminare rilievo come indici di interpretazione della normativa vigente, atteso che, secondo l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale, la risoluzione di un eventuale contrasto tra una norma di legge e una disposizione costituzionale dovrebbe passare, dapprima, attraverso l'esperibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme (oltre che, in questo caso, convenzionalmente conforme, in ragione della segnalata interposizione delle disposizioni della Convenzione nei giudizi di costituzionalità) e, solo in via sussidiaria, attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale²⁵.

In breve, il ricorso ai criteri elaborati dalla Corte europea è finalizzato ad evitare che le scelte classificatorie formali, compiute dai singoli Stati aderenti alla Convenzione, rispetto a determinati illeciti ed alle rispettive sanzioni, siano strumentalmente preordinate ad eludere l'operatività delle garanzie convenzionali rispetto a fattispecie che, pur formalmente estranee all'ambito penalistico, in realtà, vi afferiscono, in ragione della presenza di determini indici che connotano in termini (sostanzialmente) penalistici la sanzione (formalmente non penalistica) applicata da una determinata norma in relazione ad un determinato fatto²⁶.

Quali siano tali criteri si vedrà subito appresso, potendosi invero prima evidenziare come appaiano evidenti le implicazioni di un tale approccio rispetto all'analisi delle questioni qui affrontate: in particolare, ove si ritenga che le sanzioni disciplinari previste dall'ordinamento penitenziario assumano la valenza di sanzioni penali alla stregua dell'applicazione dei parametri valutativi assunti dalla Corte di Strasburgo, le medesime sanzioni dovrebbero essere comminate (anche) nel rispetto delle garanzie processuali previste dall'art. 6 della Convenzione, nel novero delle quali – in linea, del resto, con le disposizioni in materia di giusto processo previste dall'art. 111 Cost. – è compresa quella che attribuisce all'accusato il diritto di essere assistito da un difensore tecnico²⁷.

²⁴ Tale configurazione delle disposizioni dettate dalla Convenzione europea si deve, com'è noto, alle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

²⁵ In questo senso, si v. Corte Cost., 22 ottobre 1996, n. 353, consultabile sul sito internet della Corte all'indirizzo web <https://www.cortecostituzionale.it>, secondo la quale «le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne un'interpretazione incostituzionale (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

²⁶ In proposito, nei limiti della presente scritto, si può far riferimento, tra le diverse trattazioni istituzionali del tema, a quella di V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 173 e ss.

²⁷ Nel nostro ordinamento processuale, peraltro, come chiarito in più occasioni sia dalla Corte costituzionale che dalla Suprema Corte, il ricorso alla difesa tecnica è indefettibile, non potendo ritenersi ammessa l'esclusività dell'autodifesa. Per gli opportuni riferimenti in proposito, si v. DIDI, *La condizione del detenuto*, cit., p. 491 e ss.

Con specifico riguardo ai menzionati criteri, essi – com'è noto – sono stati elaborati dalla Corte EDU, per la prima volta, con una sentenza risalente al 1976²⁸ e, comunque, sono stati ribaditi nella giurisprudenza successiva, di tal che l'orientamento al riguardo può dirsi, senza dubbio, consolidato.

Il primo di essi, per vero, è un criterio formale in quanto fa riferimento alla qualificazione giuridica che una determinata sanzione riceve all'interno dell'ordinamento nazionale: se (già) tale qualificazione assume natura penalistica, troveranno automaticamente applicazione le garanzie convenzionali, sostanziali e processuali, riguardanti le sanzioni penali, senza necessità, dunque, che la connotazione formalmente penalistica della sanzione sia confermata in relazione agli ulteriori parametri di carattere sostanziale.

Questi ultimi, invece, vengono in rilievo in assenza della predetta qualificazione formale e sono da considerarsi reciprocamente alternativi, nel senso che basta il riscontro anche di uno solo dei due per ascrivere una determinata fattispecie sanzionatoria nell'ambito della materia penale, con conseguente configurabilità dei presupposti per l'applicazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione.

In particolare, tali criteri si incentrano, da un lato, sulla natura dell'infrazione, desumibile, quest'ultima, dal novero dei destinatari – limitato ad una categoria o esteso alla generalità dei consociati – e, di riflesso, sulla natura, generale o particolare, dell'interesse tutelato dalla norma e, dall'altro, sulla natura e sulla severità della sanzione.

Ciò premesso, deve darsi atto della circostanza che, in talune occasioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a valutare la natura giuridica di sanzioni disciplinari comminate a detenuti in base alle disposizioni degli ordinamenti penitenziari di singoli Stati (non constano, per vero, allo stato, pronunce che riguardano le sanzioni previste dal nostro Ordinamento penitenziario), ne ha sì ravvisato la connotazione penalistica utilizzando, allo scopo, soprattutto il criterio della portata particolarmente afflittiva, ma circoscrivendo una simile valutazione a quelle sanzioni disciplinari comportanti, secondo la disciplina presa in considerazione, un prolungamento del periodo di detenzione e, quindi, un aggravamento della condizione del detenuto in termini di maggior durata dello stato restrittivo della libertà personale²⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale non potrebbe dunque essere utilmente invocato per supportare l'opzione interpretativa che qui si intende sostenere e ciò in quanto dall'applicazione delle sanzioni previste dal nostro Ordinamento penitenziario non possono mai derivare, almeno in via diretta, le conseguenze che sono state prese in esame dalla giurisprudenza della Corte

²⁸ Si tratta della sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo l'8 giugno 1976 nel caso n. 5100/71, *Engel and others v. the Netherlands*.

²⁹ A titolo esemplificativo, si v., per questa impostazione, Corte EDU, sentenza 9 ottobre 2003, nella causa *Ezeh e Connors c. Regno Unito*.

europea per affermare, nei casi sottoposti al suo giudizio, la natura penale della sanzione disciplinare alla stregua dei c.d. criteri *Engel*.

Tuttavia, in relazione al profilo in esame, appare significativo rilevare come, invece, sia stata la Corte di Cassazione, in alcune occasioni, a pervenire, sulla base dei medesimi criteri, a conclusioni tutt'affatto diverse da quelle del giudice sovranazionale, ravvisando la natura (sostanzialmente) penale di talune sanzioni disciplinari e, segnatamente, di quelle consistenti nell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e nell'esclusione dalle attività in comune³⁰, la cui maggiore gravità rispetto alle altre previste dalla legge si misura, del resto, oltre che sul versante sostanziale³¹ anche sul piano della tutela processuale, mediante l'avvenuta estensione del sindacato giurisdizionale (anche) al merito dei provvedimenti adottati³².

Si profilerebbe, dunque, un apparente contrasto (o, più correttamente, un non integrale allineamento) tra i due orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato conto ma, certamente, siffatta circostanza non può di certo indurre a far prevalere il primo orientamento sul secondo e ciò, a ben vedere, per due ordini di ragioni, la prima delle quali attiene alle caratteristiche che assume il giudizio avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e l'altra, connessa all'esigenza di evitare che il fenomeno, correntemente designato con l'espressione 'tutela multilivello dei diritti fondamentali', si risolva a detrimento piuttosto che a vantaggio dei soggetti interessati.

³⁰ Si v., in particolare, Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016 n. 9184 e, più di recente, Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2021, n. 21348. Tale orientamento appare invero condivisibile tanto più se si consideri che nel senso della qualificazione penalistica delle sanzioni disciplinari sembrano deporre oltre che il relativo carattere afflittivo come sottolineato dal giudice di legittimità, anche le finalità delle medesime, le quali tendono a coincidere con quelle delle pene (si v. l'art. 36 l. 354 cit. che, come detto, delinea le finalità del regime disciplinare nel suo complesso). Ciò che appare tanto più sostenibile nella fase attuale caratterizzata dal recepimento e dalla codificazione, anche nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria (si v. l'art. 15-bis dell'Ordinamento), del modello della giustizia riparativa, rispetto al quale la materia disciplinare potrebbe costituire uno dei terreni di elezione. In dottrina, la considerazione della dimensione finalistica rieducativa delle sanzioni disciplinari in funzione della loro qualificazione in senso penalistico è stata prospettata, in generale e con specifico riguardo a quelle applicate negli Istituti penali per minorenni, da B. GUAZZALOCA, *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, *Commento al d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121* a cura di L. CARACENI e M. G. COPPETTA, Torino, 2019, p. 334.

³¹ Al riguardo, si consideri che tanto l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta, quanto l'esclusione dalle attività in comune limitano la possibilità per il detenuto che sia sottoposto a tali misure di relazionarsi con gli altri detenuti e, quindi, possono incidere negativamente sulla sua personalità. La maggiore portata afflittiva della sanzione dell'esclusione dalle attività in comune risulta poi connessa alla circostanza che essa può incidere altresì sull'attuazione del programma di trattamento del detenuto, precludendogli la partecipazione allo svolgimento delle attività trattamentali che vedano il coinvolgimento di altri detenuti. Proprio in ragione della gravità delle conseguenze che derivano dall'applicazione della sanzione in esame, la quale, infatti, comporta l'isolamento continuo in base alla disposizione dettata dall'art. 33, comma 1, lett. b), dell'Ordinamento penitenziario, si prevede che la relativa esecuzione sia subordinata al rilascio, da parte del sanitario, della certificazione che il soggetto può sopportarla; così come è previsto che, nel caso di esecuzione della stessa sanzione, sia comunque garantito il costante controllo sanitario (si v. l'art. 39, comma 2, dell'Ordinamento penitenziario).

³² Si v. l'art. 69, comma 6, lett. a), l. 354/1975 e s.m.i. Sul significato e sulla portata dell'estensione al merito del sindacato giurisdizionale relativo a tali sanzioni si v., in dottrina, lo studio di G. MELCHIORRE, NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, nel fascicolo 6/2017 della rivista telematica *Diritto penale contemporaneo*, accessibile all'indirizzo web <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>

Sotto il primo profilo, vien fatto di rilevare come le sentenze della Corte sovranazionale siano rigidamente improntate ad un approccio casistico, nell'ambito del quale, cioè, assumono specifico ed esclusivo rilievo le circostanze del caso concreto oggetto del relativo giudizio. Se così è, deve argomentarsene come non sarebbe corretto, già dal punto di vista metodologico, far leva sulle conclusioni cui gli stessi giudici sono pervenuti nei casi dapprima citati, per formulare analoghe prognosi di giudizio in merito a possibili contenziosi riguardanti l'applicazione della disciplina in materia penitenziaria prevista nel nostro ordinamento nazionale. Non può, infatti, aprioristicamente escludersi che la stessa Corte adotti, con riguardo a tali ipotetici contenziosi, decisioni di segno diverso rispetto ad altre riguardanti controversie analoghe, attribuendo, a tal fine, rilievo a specifici elementi allegati dalle parti.

D'altro canto, riprendendo qui una considerazione formulata in precedenza, non può sottacersi come, nel nostro ordinamento, l'applicazione di una sanzione disciplinare ben possa incidere sulla libertà personale, nella misura in cui, pur non potendo configurarsi rispetto ad essa come un autonomo titolo restrittivo, è comunque idonea a determinarne un pregiudizio in via indiretta, costituendo un rilevante elemento di valutazione per l'adozione di una serie di decisioni in merito ad istituti che, a vario titolo, attenuano la condizione detentiva, consentendo, almeno in parte, l'espiazione della pena al di fuori dall'istituto penitenziario oppure riducendo il periodo di detenzione: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di concessione di permessi premio e della liberazione anticipata.

Se, dunque, l'applicazione delle sanzioni disciplinari – tanto più di quelle che si connotano per la loro gravità secondo l'Ordinamento penitenziario – può concorrere, sotto il profilo motivazionale, a giustificare l'adozione di decisioni pregiudizievoli rispetto alla libertà personale nei termini che si sono appena precisati, non sarebbe forse inverosimile ritenere che la Corte EDU, chiamata eventualmente a pronunciarsi sulla natura penale di tali sanzioni, possa anche affermarla, tenendo conto proprio delle circostanze cui si è fatto riferimento.

Per quanto concerne, invece, il secondo degli enunciati profili, è evidente che la portata garantistica insita nella tecnica della tutela multilivello dei diritti fondamentali risulterebbe gravemente pregiudicata ove, rispetto ad un livello istituzionale, si ravvisi la preclusione ad apprestare, in favore di un diritto fondamentale, anche mediante un'attività interpretativa di carattere evolutivo, un grado di tutela maggiore di quello assicurato allo stesso diritto, in corrispondenza di un diverso livello istituzionale³³.

³³ Del resto, nell'ottica di un incremento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento nazionale, si colloca l'orientamento espresso, in diverse occasioni, dalla Corte costituzionale, secondo cui non è precluso al giudice nazionale applicare le disposizioni della Convenzione europea anche a casi che non sono stati oggetto di puntuali decisioni da parte della Corte di Strasburgo (si v, in tal senso, Corte Cost., sentenza 7 aprile 2017, n. 68 e Corte Cost., sentenza 21 marzo 2019, n. 63, entrambe consultabili sul sito internet della Corte, all'indirizzo web: <https://www.cortecostituzionale.it>).

Nel caso di specie, dunque, si può ritenere che l'orientamento espresso dalla Suprema Corte nelle richiamate sentenze ben possa essere assunto per sostenere che, almeno nei procedimenti disciplinari riguardanti l'applicazione delle sanzioni di cui il giudice di legittimità ha riconosciuto la natura penale in base ai c.d. criteri *Engel*, debba essere riconosciuta al detenuto la facoltà di nominare un difensore tecnico, in quanto diritto previsto dall'art. 6 della Convenzione.

Né, per vero, sembra che ad una simile conclusione osti il fatto che l'orientamento espresso dal giudice di legittimità non è univoco in merito alla qualificazione delle sanzioni disciplinari penitenziarie in termini di sanzioni penali, riscontrandosi, infatti, anche decisioni di segno contrario all'indirizzo giurisprudenziale di cui si è dato conto³⁴.

Ai fini che qui rilevano, sembra che la scelta, da parte dell'interprete, tra i due citati orientamenti, per non essere aprioristica e, quindi, per certi versi, arbitraria, debba essere condotta assumendo come termini di valutazione, anche elementi 'estrinseci' alla specifica questione sulla quale si è pronunciata la Suprema Corte (natura giuridica delle sanzioni disciplinari penitenziarie) ma che, ciononostante, appaiano coerenti (o, quantomeno, non distonici) rispetto ai postulati sottesi all'uno o all'altro orientamento.

Nel caso di specie, non può sottacersi come la qualificazione in termini penalistici delle sanzioni disciplinari penitenziarie si iscriva in un contesto – che è quello che si sta cercando qui di delineare in modo progressivo – caratterizzato dalla presenza di elementi (come, tra gli altri, le indicazioni rivenienti dalla *soft law* e delle quali si è già trattato) che appaiono porsi in linea di continuità con siffatta qualificazione e, dunque, con l'orientamento giurisprudenziale che la prospetta. Di tal che, la preferenza per quest'ultimo (rispetto all'altro), ai fini dell'individuazione delle diverse conseguenze applicative che possono derivarne in relazione ai profili in esame, si configurerebbe non come una petizione di principio ma come una scelta che si iscrive in un quadro d'insieme, le cui singole componenti troverebbero reciproca conferma delle loro rispettive ragioni d'essere, legittimandosi, così, vicendevolmente.

D'altro canto, non può farsi neppure a meno di considerare come l'opzione per l'orientamento di cui si è detto appaia configurarsi come la necessaria implicazione di un altro indirizzo interpretativo che il giudice di legittimità ha espresso in merito alla diversa questione – cui pure si è accennato – afferente alla necessità che tra la contestazione dell'illecito e lo svolgimento dell'udienza disciplinare intercorra un lasso di tempo ragionevole che consenta all'incolpato di predisporre la propria difesa³⁵.

³⁴ Si esprimono in senso contrario alla qualificazione in termini penalistici delle sanzioni disciplinari penitenziarie Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2017 n. 43435 e Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2018 n. 23043.

³⁵ Al riguardo, l'orientamento della Suprema Corte è costante ed uniforme: si v., tra le altre, di recente, Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2022, n. 13197, Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 22381 e Cass. pen., sez. I, 6 marzo 2020, n. 13085. Di recente, invece, la Corte di Cassazione, sez. I, con la sentenza 20258 del 2 maggio 2024, ha escluso che la disciplina vigente in materia di procedimento disciplinare postuli necessariamente una cesura temporale tra l'atto di contestazione e la convocazione del detenuto avanti al Consiglio di disciplina, ritenendo ammissibile che tale

In proposito, occorre rilevare come, pur a fronte dell'affermazione del principio di cui trattasi, la Corte di Cassazione non ne abbia poi, in concreto, fatto applicazione nei casi sottoposti al suo giudizio, argomentando l'assenza della violazione del diritto di difesa – astrattamente insita nella eccessiva brevità del suddetto termine – dal fatto che il detenuto aveva ommesso di sollevare la relativa eccezione in apertura dell'udienza disciplinare, difendendosi, invece, nel merito dell'incolpazione contestatagli. In particolare, secondo l'impostazione seguita dal giudice di legittimità nel citato orientamento, l'effetto preclusivo, consistente nell'impossibilità per il detenuto di far valere in giudizio la suddetta violazione, discenderebbe dall'applicazione al procedimento disciplinare dell'art. 182, commi 2 e 3, c.p.p., ove sono stabiliti, rispettivamente, l'onere della parte interessata di eccepire la nullità di un atto processuale prima che esso si perfezioni o, se ciò non sia possibile, dopo il suo compimento e la natura perentoria dei termini per rilevare o eccepire le nullità processuali.

Ma se così è, vorrebbe dire che si è ritenuto possibile immettere nel procedimento disciplinare un onere che è appunto stabilito dalla disciplina processual-penalistica, per il tramite di una discutibile estensione – per com'essa è attuata – dell'ambito di applicazione di siffatta disciplina; estensione tanto più discutibile, se si consideri che il naturale luogo d'elezione di tale onere (ovvero il processo penale) è, appunto, presidiato, a tutela di chi può subirne gli effetti negativi in caso di relativo inadempimento (e, cioè, l'imputato), dalla presenza di un soggetto professionalmente qualificato (e, cioè, il difensore), che deve presumersi sia in grado di valutare, volta per volta, la ricorrenza di una causa di nullità e che parimenti deve presumersi conosca quali siano le conseguenze per il suo assistito, derivanti dal tardivo rilievo della stessa nullità.

Valutazione e conoscenza che, invece, nel caso di specie, quasi per una sorta di finzione giuridica, si ritiene dalla giurisprudenza di poter ascrivere, negli stessi termini, ad un soggetto che, di certo, non si trova nella medesima situazione di quella in cui versa il difensore nel processo penale e la cui scelta di difendersi nel merito, omettendo di sollevare tempestivamente la relativa eccezione connessa all'eccessiva brevità del termine concessogli per predisporre la difesa, non può di certo essere presuntivamente considerata (o, quanto meno, ciò apparirebbe essere una forzatura) come rinuncia consapevole all'esercizio di una facoltà (quella di dedurre la nullità), che, pur riguardando una questione di rito, costituisce comunque estrinsecazione del diritto di difesa. In disparte, poi, ogni ulteriore considerazione circa il fatto che, volendosi anche per ipotesi aderire all'indirizzo interpretativo formulato dalla Corte di Cassazione che, in definitiva, appare ispirato al principio – di matrice sostanzialistica – del raggiungimento dello scopo, occorrerebbe essere nelle condizioni di poter emettere un (per vero improbabile se non impossibile) giudizio di prognosi

convocazione possa essere contenuta già nell'atto di contestazione dell'illecito ed escludendo, pertanto, la necessità di un ulteriore passaggio procedimentale. Tale principio – tuttavia – non interferisce con l'altro di cui si è dato conto e sulla base del quale, invece, è stata affermata la necessità di una sufficiente dilazione temporale tra la contestazione e lo svolgimento dell'udienza disciplinare.

postuma circa il fatto che il detenuto (senza l'ausilio del difensore), nonostante la brevità del termine concessogli per difendersi, abbia davvero potuto farlo in modo effettivo, esponendo, all'organo disciplinare, tutti quegli stessi argomenti in fatto e in diritto, dei quali avrebbe potuto dar conto anche se avesse avuto a disposizione un più congruo termine per la sua difesa.

Ne consegue che, nel contesto della più complessiva analisi che si sta conducendo, anche in considerazione dell'ultimo degli orientamenti giurisprudenziali citati – il quale implica, di fatto, una 'giurisdizionalizzazione' (almeno parziale) del procedimento disciplinare – apparirebbe, invero, incongruo escludere, da un lato, la natura (sostanzialmente) penale delle sanzioni disciplinari penitenziarie ma, al contempo, conformarne, nei termini precisati, il procedimento di applicazione alla stregua delle regole proprie del processo penale.

La parziale 'anticipazione' di tali regole alla fase procedimentale – anticipazione che, si badi, sebbene parziale, riguarda, comunque, regole di fondamentale importanza in relazione all'esercizio del diritto di difesa nel processo penale – non costituisce soltanto un elemento che concorre a giustificare la preferenza per l'uno che per l'altro degli indirizzi interpretativi della Suprema Corte dei quali si è dato conto nel presente paragrafo ma, di fatto, funge anche da ulteriore elemento di collegamento sistematico tra l'affermazione della natura penalistica delle suddette sanzioni disciplinari e l'affermazione della necessità che al detenuto incolpato sia riconosciuta la facoltà di avvalersi della difesa tecnica, il tutto in un contesto cui, come sopra evidenziato, si vorrebbe assicurare un sufficiente grado di organicità.

2.3. Difesa tecnica e disuguaglianza irragionevole tra il sistema disciplinare dell'ordinamento penitenziario e i sistemi disciplinari di altri ordinamenti giuridici.

Volgendo ora lo sguardo al di fuori dell'ordinamento penitenziario, in una visione sistematica dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, non si può non notare come, in generale, i regimi disciplinari previsti in altri plessi normativi contemplino la possibilità, per il soggetto incolpato disciplinarmente, di essere assistito da terzi – che possono anche non essere difensori in senso tecnico professionale – nel corso del procedimento disciplinare³⁶.

Occorre dunque chiedersi quale sia la ragione di tali previsioni, con l'avvertenza, necessariamente sommaria, che essa non può essere invariabilmente ravvisata nella natura penale delle sanzioni disciplinari, molteplici, diversi e non comparabili essendo le stesse, gli illeciti dai quali esse derivano e i procedimenti all'esito dei quali sono applicate.

³⁶ Esula dall'ambito del presente scritto una ricognizione completa delle disposizioni previste dai diversi ordinamenti disciplinari ma può qui farsi esemplificativamente riferimento alla disciplina in materia di impiego pubblico privatizzato (si v. l'art. 55 *bis*, comma 4, d. lgs. 165/2001 e s.m.i.), sebbene il rilievo formulato nel testo valga anche con riferimento agli ordinamenti disciplinari previsti in altri ambiti organizzativi, sia di carattere pubblicistico che di carattere privatistico.

Ciononostante, può provarsi a prospettare una comune ipotesi interpretativa che attiene ad un elemento, se così può definirsi, pre-giuridico e, segnatamente, alla circostanza che l'essere personalmente coinvolti in una vicenda dalla quale possono derivare conseguenze anche gravemente pregiudizievoli soprattutto in termini economici e reputazionali, può, paradossalmente, implicare il rischio di una minore efficacia della difesa personale, non solo per il tecnicismo dei profili che vengono in rilievo nella medesima vicenda ma anche per l'identificazione soggettiva con il fatto per cui si procede, la quale – a sua volta – può impedire il realizzarsi di quella condizione psicologica di distacco che è essenziale per l'analisi delle questioni sulle quali si è chiamati a difendersi e, poi, per la scelta e la predisposizione degli strumenti di difesa più adeguati.

Se così è, non si tratta qui di comparare il rapporto giuridico tra l'amministrazione e i detenuti nel corso dell'esecuzione penitenziaria, con gli altri rapporti giuridici cui afferiscono le disposizioni che prevedono l'assistenza di terzi nell'ambito del procedimento disciplinare: la comparazione, com'è evidente, è impossibile e, quindi, ove si muova esclusivamente nella prospettiva della radicale diversità strutturale tra i rapporti in considerazione, si potrebbe essere indotti a concludere che, in definitiva, la rilevata disparità di trattamento sia ragionevolmente giustificata. Anzi, si potrebbe finanche ritenere temerario tentare di assumere come astratti termini di raffronto, per acquisirne possibili elementi di valutazione e di analisi, le discipline dei procedimenti disciplinari concepite per le persone libere, in relazione a contesti organizzativi ed istituzionali che nulla hanno a che fare con quello penitenziario³⁷.

Orbene, pur in disparte il rilievo, formulabile in via necessariamente approssimativa, secondo cui ogni sistema disciplinare appare preordinato ad assicurare il buon funzionamento di qualsiasi organizzazione, presidiando il rispetto di determinate regole da parte di tutti coloro che intrattengono con essa una relazione giuridicamente rilevante – con la conseguenza che, impostata la questione in questi termini, non può negarsi che anche il sistema disciplinare previsto dall'Ordinamento penitenziario risulta orientato a tale finalità – è evidente che, in questa sede, occorre soffermarsi su un profilo diverso.

In particolare, sulla base della specificità della condizione detentiva, si tratta di valutare se, rispetto ad essa, sia possibile ravvisare quell'elemento che, prima, si è detto avere una connotazione pre giuridica, in quanto non connesso direttamente alla dimensione normativa,

³⁷ In dottrina sottolinea tale radicale diversità per inferirne la diversa natura del procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti, E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, Milano, 2013, p. 402, la quale, tuttavia, sembra inquadrare tale procedimento nell'ambito di un rapporto di c.d. supremazia speciale che si instaurerebbe tra l'amministrazione penitenziaria ed i detenuti, tesi – questa – che, per vero, appare recessiva in ragione dell'evoluzione normativa ed anche giurisprudenziale che si è registrata, in generale, sul tema della tutela dei diritti dei detenuti.

bensì alla dimensione personale ed individuale, pur potendo dallo stesso elemento discendere notevoli implicazioni di carattere giuridico in relazione all'esercizio del diritto di difesa³⁸.

L'esito di tale valutazione, a ben vedere, non può che essere di segno positivo, dovendosi, a tal fine, tener conto proprio della specificità della condizione detentiva (tipicamente data dallo stato di privazione della libertà personale), la quale, accedendo a quella condizione che si è detto essere già naturalmente innescata dal coinvolgimento in un (qualsiasi) procedimento disciplinare, è in grado di determinarne – se mai – un aggravamento che, dunque, giustifica pienamente (se non impone) il riconoscimento del diritto di avvalersi dell'assistenza di un terzo per la propria difesa.

Il che val quanto dire che la diversità strutturale (rispetto al rapporto di esecuzione penitenziaria) degli altri rapporti giuridici cui ineriscono i rispettivi regimi disciplinari non è idonea a giustificare, in modo ragionevole, la differenza di trattamento per il procedimento disciplinare in ambito penitenziario, in relazione all'aspetto che si sta considerando.

Che, poi, rispetto al detenuto, il terzo non possa che essere un difensore tecnico (e non altri, com'è invece consentito nell'ambito di altri sistemi disciplinari) costituisce null'altro che l'implicazione della natura giuridica delle sanzioni in ambito penitenziario, tema sul quale si rinvia ai rilievi precedentemente svolti. In ogni caso, anche a prescindere da tale ultima considerazione, non sembra che, nel contesto penitenziario, l'assistenza possa essere prestata da un terzo che non sia un difensore tecnico e ciò proprio in ragione della condizione di privazione della libertà personale in cui si trova la persona incolpata, condizione rispetto alla quale le relative esigenze di tutela, collocandosi al livello più elevato, implicano che a farsene carico sia, comunque, un soggetto professionalmente qualificato.

Nella prospettiva considerata nel presente paragrafo, dunque, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, facendo fronte a quella situazione di oggettiva vulnerabilità che è connessa allo stato di privazione della libertà personale e allineando la disciplina del procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti a quella prevista in altri settori dell'ordinamento giuridico, concorrerebbe a realizzare, nel contesto penitenziario, unitamente a tutte le altre disposizioni in materia di tutela dei diritti dei detenuti, il principio di eguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3, comma 2, Cost.

Sotto il profilo dell'eguaglianza formale, invece, la disciplina in esame può essere posta a confronto, in ragione della tendenziale omogeneità oggettiva dei termini di raffronto, con quella prevista per i detenuti militari ed attualmente contenuta nel Regolamento interno degli stabilimenti militari di pena³⁹. Tale atto regolamentare, con riguardo al procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti militari, rinvia al

³⁸ Un espresso riferimento a tale condizione come elemento che, unitamente alla preparazione tecnica, è idoneo a garantire effettività alla difesa nel processo penale, è contenuto in Cass. pen., sez. V, 18 ottobre 2022, n. 48337.

³⁹ Si v. il Decreto del Ministro della Difesa 16 novembre 2005.

Regolamento di disciplina militare nel testo allora vigente⁴⁰, il quale, a sua volta, con riferimento alla più grave delle sanzioni disciplinari (la consegna di rigore), prevedeva, in favore dell'incolpato, l'intervento del militare difensore. Attualmente, il rinvio di cui trattasi deve intendersi come effettuato alle corrispondenti disposizioni dettate dal Codice dell'ordinamento militare⁴¹, che continua comunque a prevedere l'assistenza (obbligatoria) di un difensore militare, contemplando, in aggiunta, la contestuale possibilità di avvalersi dell'assistenza di un avvocato del libero foro⁴².

Da quanto precede, emerge come, per il profilo in considerazione, la disciplina applicabile ai detenuti non militari finisca per configurarsi come più restrittiva ove non si ammetta la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, sebbene, nel contesto detentivo, lo *status* professionale del soggetto incolpato non sembri idoneo a giustificare una differenza di trattamento in relazione ad una vicenda come quella disciplinare, che, a ben vedere, presenta tratti sostanzialmente comuni, a prescindere dalla condizione professionale del detenuto (si v. l'art. 1, comma 1, della legge penitenziaria).

Per altro verso, deve rilevarsi come un'interpretazione delle disposizioni dell'Ordinamento penitenziario e del Regolamento che non riconosca la possibilità di cui trattasi sembri implicare un ulteriore profilo di irragionevolezza in relazione all'ipotesi in cui un determinato comportamento del detenuto possa dar luogo all'attivazione di due distinti regimi disciplinari, l'uno che prevede la possibilità dell'assistenza di un terzo e l'altro che, invece, non la prevede.

Si pensi, in particolare, all'inadempimento degli obblighi lavorativi dei detenuti nei confronti dell'imprenditore con cui sia stato stipulato il relativo contratto: comportamento – questo – che può rilevare sia ai fini dell'applicazione della sanzione disciplinare prevista dalla normativa giuslavoristica con le garanzie stabilite dall'art. 7 St. Lav. – tra le quali rientra anche la possibilità di cui si è appena detto – sia ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'Ordinamento penitenziario, considerato che l'inadempimento degli obblighi lavorativi (pur volontariamente assunti) si configura come una specifica ipotesi di illecito disciplinare in base alle previsioni del Regolamento⁴³.

Nell'ipotesi prospettata, non si comprende tuttavia la ragione per cui, nell'ambito del procedimento disciplinare attivato in base alle norme del diritto penitenziario, non debba essere assicurata l'assistenza del detenuto da parte di un difensore tecnico. Eppure, a ben vedere, a fronte della contestazione del medesimo fatto da cui può trarre origine anche l'altro procedimento

⁴⁰ Si v. il d.P.R. 545/1986.

⁴¹ Si v. il d. lgs. 66/2010 e s.m.i.

⁴² Si v. l'art. 1370, comma 2 e comma 3-bis, d. lgs. 66 cit.

⁴³ Si v., l'art. 77, comma 1, n. 3, del Regolamento. In una prospettiva *de iure condendo*, si noti come tale ipotesi di illecito sia stata oggetto della proposta abrogativa elaborata dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, proposta la cui giustificazione, esplicitata nella relazione illustrativa, risiede(va) proprio nella circostanza che tale comportamento risulta già sanzionabile, sotto il profilo disciplinare, in base alla disciplina giuslavoristica, di tal che l'ulteriore implicazione sanzionatoria – quella, cioè, di matrice penitenziaria – risulterebbe irragionevolmente connessa soltanto alla condizione detentiva.

disciplinare, l'esigenza di difesa si pone in termini sostanzialmente analoghi, i quali, pur non reclamando un'automatica trasposizione della disciplina comune nell'ambito disciplinare penitenziario stante la specificità di quest'ultimo, esigerebbero – quanto meno – una tendenziale uniformità sotto il profilo delle garanzie difensive, pur diversamente declinate, tra le quali, senza dubbio, per il rilievo primario che essa riveste, occorre annoverare quella di cui qui si discorre. A ritenere diversamente, del resto, sarebbe difficile non avvedersi del fatto che la riduzione delle facoltà defensionali in ambito penitenziario da null'altro è giustificata se non dallo stato detentivo il che, tuttavia, implicherebbe una palese violazione del principio sancito dall'art. 3, comma 1, Cost.

In conclusione, un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni concernenti il procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti, nei termini prospettati nel presente paragrafo in relazione al principio di eguaglianza sia formale che sostanziale, dovrebbe anch'essa orientare verso il riconoscimento della facoltà di ricorrere alla difesa tecnica, in assenza di elementi testuali dai quali derivi un'espressa preclusione al riguardo. Un'argomentazione che sembra avvalorare tale conclusione può essere tratta direttamente dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, che, quando è stata investita di questioni di legittimità concernenti specifiche disposizioni normative implicanti espresse limitazioni della facoltà del soggetto incolpato di scegliere il terzo da cui farsi assistere nel corso del procedimento disciplinare, ha ravvisato un nesso funzionale tra l'esercizio di tale facoltà e la tutela di principi costituzionali⁴⁴. In questa prospettiva e prendendo proprio spunto dall'orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto, potrebbe anzi ribadirsi come il riconoscimento della possibilità del detenuto incolpato di avvalersi della difesa tecnica appaia funzionale a garantire l'attuazione del principio previsto dall'art. 3 Cost. nel settore di regolamentazione che si sta esaminando.

2.4. Difesa tecnica e bilanciamento di interessi.

Il contesto che si è cercato sin qui di delineare è quello, dunque, dell'ammissibilità di un'integrazione, in via interpretativa, del contenuto delle facoltà difensive del detenuto incolpato disciplinarmente, previste dall'Ordinamento penitenziario e dal Regolamento, includendo nel relativo novero anche la possibilità di ricorrere alla difesa tecnica.

Muovendo ora proprio dall'affermazione di tale ammissibilità, si devono individuare, almeno in linea generale, le tipologie di attività espletabili dal difensore tecnico che sia chiamato ad assistere il detenuto nel corso del procedimento disciplinare: individuazione – questa – che si

⁴⁴ Si v., in particolare, le sentenze della Corte costituzionale n. 497 del 16 novembre 2000 e n. 87 del 27 marzo 2009, che, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni legislative riguardanti il procedimento disciplinare a carico, rispettivamente, dei magistrati ordinari e amministrativi, hanno messo espressamente in relazione il riconoscimento, in favore tanto degli uni quanto degli altri, della facoltà di avvalersi di un avvocato del libero foro, con la tutela del principio costituzionale dell'indipendenza della magistratura.

ritiene debba rifuggire qualsiasi semplicistico ed automatico parallelismo con il ruolo del difensore nel procedimento e nel processo penale.

Lo impedisce, a ben vedere, la considerazione, espressa dalla dottrina costituzionalistica, secondo la quale il discorso sui diritti è un discorso sulla limitazione dei diritti, con la conseguenza che, in questa specifica materia, il ritenere ammissibile la difesa tecnica dev'essere necessariamente valutato – in funzione di bilanciamento – in rapporto agli altri interessi sottesi alla relativa disciplina normativa, anche per com'essa è interpretata dalla giurisprudenza.

In proposito, mette conto evidenziare come una delle caratteristiche dell'attuale assetto del procedimento disciplinare sia, senza dubbio, costituita dalla rigida scansione della tempistica, essendo previsti determinati termini – considerati perentori – per la contestazione dell'illecito e per l'adozione della decisione finale (rispettivamente, dieci giorni dal rapporto e dieci giorni dalla contestazione: si v. l'art. 81, commi 2 e 4, d.P.R. 230/2000).

Quest'assetto, in uno con l'assenza di ipotesi di sospensione del corso del procedimento (se si eccettua quella della sospensione per la presentazione di un'informativa di reato per il medesimo fatto disciplinarmente rilevante ex art. 79, comma 1, d.P.R. 230 cit.), indubbiamente denota che l'obiettivo sotteso alla disciplina in esame è quello di assicurare una tempestiva definizione del procedimento di cui trattasi, in ragione dell'esigenza di apprestare una tempestiva tutela dei beni giuridici che abbiano subito pregiudizio o siano stati posti in pericolo dai comportamenti disciplinarmente illeciti.

Le attività del difensore tecnico non possono dunque che trovare svolgimento nel perimetro che si è delineato mentre è evidente che le stesse non conoscono così stringenti limiti temporali all'interno del procedimento e del processo penale.

Con queste precisazioni, volendosi indicare talune delle attività che il difensore tecnico potrebbe svolgere nell'ambito del procedimento disciplinare, sembra debbano ritenersi ammissibili, pur nel rispetto delle limitazioni eventualmente discendenti da altre disposizioni di legge, l'accesso al rapporto sulla base del quale l'addebito disciplinare è stato formulato, la presentazione di memorie e di documenti in vista dell'udienza disciplinare (dei quali occorrerà tener conto ai fini della motivazione della decisione disciplinare), così come la diretta partecipazione alla stessa udienza, nel corso della quale, dunque, il difensore dovrebbe essere legittimato ad intervenire, ferma restando la (già prevista) facoltà del detenuto di discolparsi personalmente.

In generale, dovrebbero ritenersi ammissibili tutte le attività di impulso dell'istruttoria procedimentale, come, ad esempio, la richiesta di sentire in udienza la/e persona/e indicata/e a sua difesa dall'incolpato e la richiesta di acquisire e visionare, sempre in udienza, le riprese degli

impianti di videosorveglianza⁴⁵, limitatamente a quelle che eventualmente si riferiscano alle circostanze di fatto, di tempo e di luogo, oggetto di contestazione.

Non dovrebbero invece ritenersi ammissibili quelle attività rispetto alle quali appare configurabile l'incompatibilità di cui si è detto, come, ad esempio, lo svolgimento di indagini difensive, al cui espletamento sembrano, peraltro, poter ostare oltre che ragioni di carattere temporale – le quali, comunque, non sarebbero sempre d'impedimento assoluto – anche ragioni connesse alla circostanza che il difensore, per svolgerle, dovrebbe avere eventualmente colloqui con altri detenuti ovvero con gli operatori dell'istituto penitenziario, circostanza rispetto alla quale si profila come prevalente l'esigenza di tutela di altri interessi (es. ordine e sicurezza all'interno dell'istituto, riservatezza, ecc.), il contemperamento con i quali postulerebbe necessariamente la necessità di un intervento normativo finalizzato a puntualizzare, come avviene nel codice di rito, presupposti, modalità e limiti dell'attività difensiva di cui trattasi.

Più in generale, può osservarsi come anche l'esercizio da parte del difensore delle facoltà che si ritengono consentite non possa che essere modulato sull'articolazione temporale del procedimento disciplinare, a fronte della quale la garanzia di tali facoltà dovrebbe essere presidiata da uno 'statuto' dei diritti del difensore che ne assicuri la tutela nei loro tratti fondamentali costitutivi ma *senza particolari formalità*, mutuando un'espressione che il codice di rito adotta in funzione della tutela del principio del contraddittorio nell'ambito di un procedimento di natura tipicamente giurisdizionale qual è quello di esecuzione⁴⁶.

Ci si rende conto che l'operazione di bilanciamento tra interessi confliggenti, nel caso di specie, non è del tutto agevole e, tuttavia, non sembra possa rinunciarvisi proprio tenuto conto dei rilievi sin qui svolti.

Un effetto immediato, tuttavia, di conformazione dell'azione amministrativa, il riconoscimento del diritto di difesa tecnica potrebbe immediatamente esplicitare ed è quello di evitare il verificarsi dei casi sui quali, con gli esiti già esposti, si è pronunciata la Corte di Cassazione ovvero quelli della stretta contiguità temporale tra la contestazione e lo svolgimento dell'udienza disciplinare, essendo evidente che il riconoscimento al detenuto della facoltà di nominare un difensore di fiducia ed il conseguente riconoscimento del diritto di quest'ultimo di intervenire all'udienza postulano, quanto meno, un adeguato distanziamento temporale tra i due momenti presi in considerazione, in modo da consentire al detenuto di scegliere il difensore e a questi di esercitare il proprio mandato.

⁴⁵ In merito all'accessibilità delle riprese dei sistemi di videosorveglianza gestiti da pubbliche amministrazioni, si segnala una recente sentenza del giudice amministrativo che, nell'ambito di una controversia instauratasi a seguito del diniego opposto da un Ente locale, si esprime in senso favorevole argomentando principalmente dall'ampiezza della nozione di documento amministrativo accolta dalla legge generale sul procedimento amministrativo (si v. l'art. 22, comma 1, lett. d, l. 241/1990 e s.m.i.) proprio ai fini dell'esercizio del diritto di accesso: si v., T.a.r. Marche, sentenza 13 luglio 2023 n. 538, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>

⁴⁶ Si v. l'art. 185 disp. att. c.p.p.

Sotto il profilo più strettamente operativo, può ritenersi come l'esercizio da parte del difensore di talune facoltà ritenute ammissibili alla stregua degli indicati criteri (si pensi, ad esempio, alla facoltà di partecipare all'udienza disciplinare⁴⁷) non presupponga la necessità di preliminari chiarimenti applicativi di natura uniforme, mentre l'esercizio di altre facoltà (si pensi, ad esempio, a quella di chiedere l'audizione di testimoni ovvero di chiedere l'accesso agli atti del procedimento), nell'ottica del bilanciamento di interessi contrapposti, non potrebbe che passare attraverso specificazioni operative – di carattere necessariamente uniforme – da fornirsi mediante l'adozione di una circolare che, con il limite insuperabile del rispetto 'sostanziale' delle prerogative del difensore tecnico, ne indichi le modalità di innesto nel procedimento disciplinare.

2.5. Difesa tecnica e profili di tutela giurisdizionale.

Ci si è sin qui occupati della facoltà del detenuto incolpato disciplinarmente di nominare un difensore tecnico e si sono individuate, da ultimo, le attività difensive da questi esercitabili.

Il discorso non sarebbe tuttavia completo ove rimanga circoscritto al versante sostanziale senza considerare quello processuale, in corrispondenza del quale si profila l'esigenza di tutelare l'effettività della riconosciuta facoltà, a fronte del venir in essere di eventuali violazioni.

Al riguardo, non può invero che farsi rinvio alla disciplina processuale prevista dall'Ordinamento penitenziario e, in particolare, alle disposizioni dettate in materia di reclamo giurisdizionale, laddove sono previste le ipotesi di reclamo connesse all'esercizio dell'azione disciplinare, compresa quella dei reclami concernenti la facoltà di discolpa⁴⁸.

E' pur vero che, ove si adotti un'interpretazione esclusivamente letterale di tale riferimento normativo, si potrebbe anch'essere indotti a concludere che esso appare circoscritto alla facoltà di discolparsi esercitata personalmente dal detenuto, che, come si è visto, è l'unica indicata espressamente dalle disposizioni vigenti in materia.

Si consideri tuttavia come, ai fini che qui rilevano e in coerenza con i rilievi in precedenza svolti, il concetto di facoltà di discolpa - espressione a cui, tra l'altro, nella citata disposizione di carattere processuale, non è giustapposto l'avverbio personalmente - debba essere definito

⁴⁷ A tal fine, sarebbe ad esempio sufficiente che nell'atto di contestazione sia resa nota al detenuto, in modo espresso, la possibilità che all'udienza partecipi anche un difensore tecnico. Con riguardo alla presentazione di memorie e documenti sembra potersene ammettere l'immediata operatività, sebbene appaia opportuno stabilire, preliminarmente ed in modo uniforme, un termine congruo per il relativo deposito, in modo da consentire, da un lato, al difensore la relativa predisposizione (al riguardo, si possono richiamare i postulati dell'orientamento giurisprudenziale già citato relativo alla necessità del termine ragionevole tra la contestazione dell'illecito e lo svolgimento dell'udienza disciplinare) e, dall'altro, all'amministrazione di esaminarli in tempo utile, in vista dell'udienza.

⁴⁸ Si v., in particolare, le disposizioni dettate dall'art 35 *bis* e 69, comma 6, lett. a), l. 354/1975 e s.m.i.: in proposito, nei limiti del presente scritto, si può fare rinvio alle trattazioni del tema contenute nella manualistica corrente.

tenendo anche conto della facoltà del detenuto di nominare un difensore tecnico e, dunque, in definitiva, del diritto di discoltarsi anche per il tramite dell'attività dello stesso difensore.

In relazione al profilo in esame, possono qui parzialmente riprendersi, sviluppandoli ulteriormente, taluni rilievi che sono stati in precedenza formulati a proposito dei possibili effetti applicativi e conformativi della clausola generale contenuta nell'art. 1, comma 3, dell'Ordinamento penitenziario, secondo il cui disposto, ad ogni persona privata della libertà personale sono garantiti i diritti fondamentali.

In particolare, ove si ritenga condivisibile la ricostruzione, sin qui prospettata, in merito al riconoscimento, in favore del detenuto, della facoltà di avvalersi della difesa tecnica nell'ambito del procedimento disciplinare, la disposizione cui si è appena fatto riferimento potrebbe assurgere a criterio utilizzabile dalla stessa autorità giurisdizionale per sancire la prevalenza di quell'interpretazione che, ritenuta giuridicamente agibile in base alla formulazione delle disposizioni di riferimento, risulti la più idonea a garantire effettivamente la tutela, sul versante processuale, di un diritto che sia 'emerso', in via interpretativa, sul versante sostanziale.

In questa prospettiva, allora, dovrebbe ritenersi come le violazioni ricadenti nell'ambito di applicazione delle disposizioni dettate dall'Ordinamento penitenziario e concernenti il reclamo giurisdizionale in materia disciplinare siano tanto quelle riferibili all'autodifesa del detenuto – quando, ad esempio, l'organo disciplinare non lo convochi in udienza oppure, pur avendolo convocato, si rifiuti di sentirlo – quanto quelle riferibili alle facoltà esercitabili dal difensore, il pregiudizio delle quali si convertirebbe, per ciò stesso, in pregiudizio della facoltà di discolta del detenuto.

3. I profili di attuazione pratica della soluzione prospettata in tema di diritto di difesa del detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare: consenso e sostenibilità economico – finanziaria.

Le soluzioni interpretative che si sono prospettate nei precedenti paragrafi – nella misura in cui appaiono preordinate ad assicurare un più effettivo livello di difesa al detenuto nell'ambito del procedimento disciplinare – sembra possano essere favorevolmente accolte non solo dalla popolazione detenuta ma anche dal personale dell'amministrazione che, a vario titolo, interviene nel corso dello stesso procedimento e, più in generale, dall'amministrazione penitenziaria nel suo complesso.

D'altro canto, la presenza del difensore tecnico già in una fase non contenziosa potrebbe assecondare una funzione anti processuale dello stesso procedimento disciplinare, ove si tenga conto che l'apporto e il contributo del difensore potrebbe avere come effetto anche quello di offrire all'amministrazione una base di cognizione più completa, favorendo, così, l'adozione di una

decisione che sia percepita come (più) ‘giusta’ anche dal detenuto, con evidenti implicazioni deflattive del possibile contenzioso giurisdizionale in materia.

Appare parimenti ragionevole ipotizzare come una decisione percepita come più ‘giusta’ sia idonea ad assecondare, in modo più efficace, il perseguimento della finalità rieducativa che connota anche la sanzione disciplinare in virtù della disposizione prevista, in relazione al regime disciplinare nel suo complesso comprendente sanzioni e ricompense, dall’art. 36 dell’Ordinamento penitenziario.

Né, in senso contrario alle precedenti conclusioni, sembra possa invocarsi la leva della tutela giurisdizionale (e, segnatamente, quella del reclamo in materia disciplinare) per sostenere che, in definitiva, sia (solo) quest’ultima quella che può garantire una piena tutela delle ragioni del detenuto, anche per il tramite dell’assistenza delle figure di garanzia di cui si è sin qui trattato: si tratta, infatti, di una prospettiva che, forse, in modo improprio, trasla su questo versante l’integrale soddisfacimento di esigenze di tutela che ben possono invece essere anticipatamente perseguite, tenuto conto che, nell’ambito di una corretta articolazione dei diversi stadi di tutela dei diritti, il rapporto tra amministrazione e giurisdizione vede proprio la prima come il livello istituzionale in corrispondenza del quale questa tutela dovrebbe (e potrebbe) già trovare pieno compimento⁴⁹.

Il che sembra tanto più vero, ove si consideri che è in atto la tendenza, che emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ad estendere anche alle sanzioni amministrative, pur quando le stesse non siano qualificabili come penali sulla base dei richiamati criteri *Engel*, talune garanzie tipicamente proprie delle sanzioni penali e, tra queste, quella connessa alla proporzionalità della sanzione⁵⁰. In questa prospettiva, allora, non può non riconoscersi come il ruolo della figura professionale sulla quale ci si è soffermati acquisisca rilevanza ben prima della presentazione di un eventuale reclamo giurisdizionale avverso il provvedimento sanzionatorio, nella misura in cui il relativo apporto tecnico nel corso del procedimento disciplinare potrebbe contribuire ad orientare la decisione dell’autorità amministrativa nel senso della concreta attuazione di quelle garanzie già in questa fase, più di quanto possa realisticamente attendersi dalla sola autodifesa del detenuto incolpato.

In un contesto più ampio, non può neppure sfuggire come l’innesto nel procedimento disciplinare delle garanzie in esame varrebbe anche a ‘compensare’, in un’ottica equitativa, quei

⁴⁹ Senza contare che, come si è visto, in relazione a taluni profili, è la stessa giurisprudenza di legittimità a circoscrivere le modalità di tutela concretamente fruibili, individuando ipotesi decadenziali dalla possibilità di sollevare eccezioni nel giudizio che si instauri a seguito dell’impugnazione di una sanzione disciplinare, allorquando tali eccezioni non siano state tempestivamente sollevate nell’ambito del procedimento disciplinare.

⁵⁰ Si v., in particolare, le sentenze della Corte costituzionale n. 185 del 23 settembre 2021 e n. 40 del 10 marzo 2023. Per una ricognizione dell’attuale assetto delle garanzie sostanziali e processuali riguardanti le sanzioni amministrative, si v., in dottrina, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 2020, p. 1775 e ss.

profili di criticità sia di carattere sostanziale che procedimentale che caratterizzano l'attuale assetto della disciplina in materia disciplinare, profili che appaiono tuttavia insuperabili in via interpretativa⁵¹; ciò, com'è ovvio, non nel senso che, algebricamente, le une annullerebbero gli altri ma nel senso che le prime, potendo essere assicurate immediatamente, contribuirebbero, intanto, ad implementare lo 'statuto' garantistico del procedimento disciplinare, nell'attesa che il relativo completamento sia comunque realizzato attraverso un intervento normativo.

Sotto il profilo della sostenibilità economico – finanziaria, invece, per quanto concerne la nomina del difensore di fiducia, non si possono sottacere talune difficoltà operative connesse alle ipotesi nelle quali i detenuti interessati versino nella condizione di non abbienti e, dunque, si trovino in condizioni economiche che non consentono loro di esercitare tale facoltà. Al riguardo, occorre considerare come, se si muova dall'assunto che il diritto di avvalersi di un difensore tecnico dev'essere garantito anche nell'ambito del procedimento disciplinare, la necessaria implicazione è che tale diritto dev'essere generalmente ed indistintamente assicurato, sia in conformità al principio di eguaglianza formale che a quello di eguaglianza sostanziale, di cui, per il profilo in esame, costituisce una specifica estrinsecazione l'art. 24, comma 3, Cost.

Al riguardo, non appare tuttavia giuridicamente percorribile l'ipotesi di un'interpretazione analogica (costituzionalmente orientata) delle disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato, considerato che le stesse appaiono testualmente ancorate alla dimensione prettamente processuale⁵², il riferimento alla quale sembra precluderne l'estensione diretta ad ambiti sprovvisti di tale natura.

In materia, dunque, anche in considerazione dell'aggravamento degli oneri economici in relazione al bilancio pubblico, occorrerebbe un intervento del legislatore, la cui discrezionalità incontrerebbe, comunque, il rilevante limite che è stato richiamato in una recente pronuncia del Giudice delle leggi⁵³, nella quale si è sottolineato come l'inviolabilità del diritto alla difesa implichi che sia l'esigenza di assicurarne la garanzia ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di bilancio a condizionarne la doverosa erogazione (al pari, del resto, di tutti gli altri diritti inviolabili), di tal che le relative spese devono considerarsi come *costituzionalmente necessarie*.

Con questa pronuncia, dunque, la Corte costituzionale sembra aver ascritto in capo al legislatore una vera e propria 'obbligazione di risultato', in funzione della garanzia di un diritto

⁵¹ Si v., ad es., le modalità di definizione degli illeciti disciplinari, non sempre rispettosa del canone della tassatività; la ristretta articolazione temporale della tempistica procedimentale, con conseguente possibile pregiudizio al dispiegarsi della difesa; la composizione dell'organo disciplinare, rispetto alla quale si ravvisa la mancanza di imparzialità attesa la sostanziale coincidenza tra chi è responsabile della fase istruttoria e chi è responsabile di quella decisoria.

⁵² Al riguardo, si v. L. DIPAOLA, *Patrocinio a spese dello Stato (nel processo penale)*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento XI, Milano, 2021, p.p. 502 e s.

⁵³ Si v. Corte cost., sentenza 20 gennaio 2022, n. 10, consultabile sul sito internet della Corte all'indirizzo web <https://www.cortecostituzionale.it>

che la Costituzione qualifica espressamente come inviolabile; il che, a ben vedere, dovrebbe essere assunto dallo stesso legislatore – in una prospettiva di carattere più generale, che tenga conto della possibile reiterazione, anche in relazione ad altri diritti, del principio espresso dalla Consulta nella citata sentenza – come imprescindibile elemento di valutazione ai fini della corretta allocazione delle risorse economiche disponibili in rapporto alle priorità da perseguire. Infatti, solo un'accorta modulazione del rapporto tra questi due termini sarebbe idonea a consentire l'adempimento degli (onerosi) obblighi di tutela che siano eventualmente imposti, in futuro, dalla Corte costituzionale anche in relazione all'ambito penitenziario, rispetto al quale sono senza dubbio configurabili diritti fondamentali la cui inviolabilità si misura, tra l'altro, anche sotto il profilo dell'adeguatezza delle risorse che possono essere destinate per consentirne l'effettivo esercizio⁵⁴.

4. Conclusioni.

Nei precedenti paragrafi, muovendo dall'attuale formulazione letterale delle disposizioni normative in materia di procedimento disciplinare nei confronti dei detenuti, si è cercato di verificare, pervenendo ad un esito complessivamente positivo, se, rispetto a talune di esse, possa essere prospettata un'interpretazione tale da assicurare al diritto di difesa un maggior livello di tutela, corrispondente peraltro a quello garantito da altri ordinamenti non distanti dalla nostra tradizione giuridica⁵⁵.

Sono state quindi prospettate le possibili argomentazioni idonee a giustificare una possibile lettura delle stesse disposizioni nel senso sopra indicato, pur non sottacendosi, al contempo, talune difficoltà di carattere applicativo, delle quali si deve sì tener conto ma – sarebbe auspicabile –

⁵⁴ In relazione all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza citata nel testo, appaiono dunque attuali i rilievi già formulati da esponenti della dottrina costituzionalistica a proposito della tematica generale concernente il *costo* dei diritti. In proposito, prendendosi atto dei fallimenti delle politiche sociali succedutesi negli ultimi decenni, è stata ascrivita alla politica la responsabilità di (tornare ad) individuare correttamente le priorità costituzionali di intervento per l'equa distribuzione delle limitate risorse economiche, assumendo come termini di riferimento i luoghi e le categorie soggettive della marginalità sociale, cui la Costituzione dedica specifiche disposizioni di tutela. Si v., in tal senso, M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Dir e soc.*, Napoli, 2018, p. 32 e ss.

⁵⁵ Si v., ad esempio, l'ordinamento francese, in relazione al quale la vicenda riguardante il riconoscimento del diritto del detenuto incolpato disciplinarmente di avvalersi della difesa tecnica appare significativa, in quanto ha trovato anch'essa svolgimento in un contesto normativo nel quale, come nel nostro, tale diritto non era espressamente previsto e si è articolata in due fasi, la prima delle quali ha visto come protagonista l'interprete (in quell'esperienza, i giudici) e la seconda, il legislatore. Gli snodi principali di tale vicenda sono ripercorsi da M. HERZOG EVANS, *Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français*, in *Revue trimestrielle de droit dell'homme*, 2001, p. 19 e ss., anche con riferimento alla circolare adottata dall'Amministrazione penitenziaria francese (Circ. AP 9 mai 2003, NOR, JUSE 0340055, BOMJ, N. 90). Utili riferimenti in proposito in A. FERRAVANTE, *Il trattamento penitenziario dei detenuti pericolosi in Francia e in Italia*, tesi di laurea, 2012, pubblicata al seguente link <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1179-il-trattamento-penitenziario-dei-detenuti-pericolosi-in-francia-e-in-italia-tesi-di-laurea>

sempre in una prospettiva di progressione e non di stasi rispetto all'interpretazione e all'applicazione di un determinato assetto normativo.

In definitiva, si è cercato di dimostrare come taluni auspicati mutamenti sul piano dell'effettività dei diritti dei detenuti possano passare (o possano, comunque, trovare l'iniziale spinta propulsiva) prim'ancora che attraverso l'adozione di modifiche normative ovvero declaratorie di illegittimità costituzionale, attraverso interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente orientate del testo normativo, quando quest'ultimo, ovviamente, ne assicuri l'agibilità e quando, d'altro canto, non venga in rilievo l'esigenza di tutela di interessi contrapposti, per assecondare la quale l'intervento del legislatore appare imprescindibile.

L'obbligo e la responsabilità di tale interpretazione gravano su tutti i soggetti istituzionali chiamati, in base ai rispettivi poteri, ad applicare i precetti normativi e, dunque, non solo sulle autorità giurisdizionali ma anche – ed anzi, in prima battuta – su quelle amministrative.

Queste ultime – ed è l'aspetto finale sul quale si intende tornare, avendovi comunque in precedenza accennato – sono tuttavia impegnate su due diversi livelli, parimenti rilevanti e reciprocamente condizionanti: quello della concreta modulazione dell'azione amministrativa secondo i criteri interpretativi indicati e quello della 'formalizzazione' di tali criteri, livello – quest'ultimo – cui corrisponde l'adozione di atti interpretativi di carattere generale i quali, a fronte di più interpretazioni possibili del testo normativo, sanciscano – quasi 'prescrivendola' – la prevalenza di quella che appare conforme (o più conforme di altre) alla Costituzione e alle fonti sovranazionali⁵⁶.

⁵⁶ L'importanza della funzione propulsiva dell'evoluzione dell'attuale assetto normativo, la quale potrebbe essere sostenuta da un'interpretazione delle disposizioni che - quando possibile - non si attardi sul mero dato letterale delle stesse ma ne colga il collegamento con la Costituzione e con le fonti sovranazionali e, dall'altro, il carattere necessariamente diffuso della responsabilità di farsi carico dell'esercizio di tale funzione, sono evidenziati sia dall'interno che dall'esterno dell'Amministrazione penitenziaria: si v., in proposito, rispettivamente, P. BUFFA, *Riflessioni su una banale e strisciante controriforma*, nella rivista telematica *Questione giustizia*, accessibile al seguente link: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/223/qg_2015-2_06.pdf e M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, cit.