

LA “NOVITÀ” DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA*

di Roberto Bartoli

Abstract. *Contrariamente alle aspettative, l’istituto della messa alla prova sta avendo un successo applicativo decisamente rilevante. Ciò è dovuto senza dubbio alla sua flessibilità e “appetibilità”, ma non mancano i rischi per un uso distorto a carattere meramente strumentale da parte del richiedente. Una cosa è certa, questo istituto può essere considerato come la prima tappa di un percorso che potrebbe portare anche alla valorizzazione della giustizia riparativa in sede penale.*

SOMMARIO: 1. I modelli di disciplina della messa alla prova: la tensione tra prevenzione speciale e premialità. – 2. La disciplina vigente ispirata alla prevenzione speciale e la forza attrattiva esercitata dalla premialità nel diritto vivente: una conferma della tensione. – 3. Il successo applicativo della messa alla prova, tra convenienza del richiedente ed effettività sanzionatoria in un sistema ineffettivo. – 4. Quale futuro per la messa alla prova? Verso una giustizia riparativa mediante la creazione di spazi di incontro tra reo e vittima.

1. I modelli di disciplina della messa alla prova: la tensione tra prevenzione speciale e premialità.

In estrema sintesi, e in una prospettiva – per così dire – di politica criminale, si può ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato adulto possa ispirarsi a due diversi modelli funzionali: da un lato, può perseguire scopi marcatamente specialpreventivi, vale a dire essere una sorta di affidamento in prova al servizio sociale anticipato dalla fase cognitivo-esecutiva a quella processuale/procedimentale; dall’altro lato, tale istituto può svolgere una funzione “premiata”, essere, cioè, una specie di rito alternativo basato sulla logica dello scambio tra cittadino e ordinamento, per cui l’imputato rinuncia a un vantaggio (cognizione piena, con tutto ciò che significa in termini di garanzie), in cambio di altri vantaggi (soprattutto un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello a cui sarebbe andato in contro a seguito di una cognizione piena).

Nella prima prospettiva specialpreventiva, non c’è dubbio che l’istituto ha carattere sanzionatorio ed è destinato a porre al centro la personalità del soggetto

* Il presente lavoro è il testo scritto dell’intervento tenuto al Convegno, *Dall’emergenza alla ‘deflazione’: il sistema sanzionatorio dopo la L. 28.04.2014, n. 67*, Roma, 26-27 marzo 2015.

destinatario. In particolare, la sua disciplina ruota attorno a tre punti fermi. Anzitutto, l'applicazione non può che essere rimessa alla discrezionalità del giudice, non solo con riguardo alla prognosi di non recidiva, ma anche, e soprattutto, valutando se la personalità del soggetto risulta – per così dire – suscettibile di essere “influenzata” da un percorso trattamentale alternativo rispetto alla “punizione”.

In secondo luogo, i contenuti “trattamentali” tendono ad essere particolarmente consistenti, potendosi concentrare sulla prova (affidamento al servizio sociale, prescrizioni, lavoro di pubblica utilità) oppure sul rapporto tra autore del reato e vittima (condotte riparatorie, fino alla mediazione).

Infine, per quanto riguarda l'esito, coerenza specialpreventiva impone una verifica finale da parte del giudice in ordine all'effettivo raggiungimento degli obiettivi rieducativi/risocializzanti che attraverso i contenuti del trattamento si intendevano perseguire.

Il punto sul quale mi vorrei soffermare è che questo modello specialpreventivo è destinato a presentare alcune contraddizioni difficilmente risolvibili. In particolare, la trasposizione di una logica sospensivo-alternativa dalla cognizione/esecuzione alla fase processuale presenta tre tipi di aporie, sul piano dei principi, sul piano funzionale e sul piano dell'efficacia.

Per quanto riguarda le aporie di principio, si deve osservare che il modello specialpreventivo, proprio perché caratterizzato da contenuti particolarmente afflittivi nella sostanza assimilabili a quelli di una pena, ma trovando applicazione in una fase anticipata rispetto alla condanna, prescinde da un accertamento della responsabilità del soggetto, con la conseguenza che l'imputato andrà incontro a un trattamento sanzionatorio senza che tuttavia possa essere considerato autenticamente responsabile per il fatto commesso.

Da un punto di vista funzionale, si deve mettere in evidenza una vera e propria distonia, in quanto, se, da un lato, si perseguono istanze specialpreventive, tuttavia, dall'altro lato, il trattamento viene programmato in una fase così anticipata che la persona in carne ed ossa non è ancora venuta in gioco, con conseguente difficoltà a predisporre una prova che sia effettivamente capace di attagliarsi alla personalità del soggetto e di perseguire gli scopi rieducativi/risocializzanti.

E' bene precisare fin da subito che queste due aporie, di principio e funzionale, non si possono superare con il semplice richiamo dell'istituto della messa alla prova minorile, assimilando cioè la messa alla prova dell'adulto a quella del minore. A ben vedere, infatti, non esistono punti di contatto tra questi due istituti, in quanto mentre il sistema penale degli adulti è orientato all'accertamento di un fatto e di una responsabilità e quindi al recupero della personalità del soggetto in termini di rieducazione/risocializzazione, il sistema penale dei minori non risponde propriamente a una logica punitiva o rieducativa-risocializzante, ma è volto alla stessa formazione di una personalità che, proprio in ragione dell'età, non risulta ancora formata. Con la conseguenza che rispetto al sistema penale minorile ben si comprende la rinuncia a un vero e proprio accertamento della responsabilità come anche l'impiego di un trattamento anticipato alternativo alla punizione e finalizzato a plasmare una personalità ancora non del tutto forgiata.

Infine, il modello specialpreventivo presenta due aporie sul piano della efficacia. Perché un istituto sospensivo funzioni è necessario che durante il periodo sospensivo sul soggetto incomba una certa minaccia capace di fargli pressione affinché adempia, ma nel caso della messa alla prova anticipata la minaccia non può che consistere nella ripresa del processo. Inoltre, il soggetto deve avere convenienza a richiedere la sospensione del procedimento, ma perché ciò si verifichi o in sede di cognizione non trovano applicazione gli istituti sospensivi oppure gli istituti sospensivi che trovano applicazione devono presentare un contenuto molto più afflittivo di quello che contraddistingue la prova. Tuttavia, nel nostro sistema attuale, non solo in fase cognitiva la regola pressoché assoluta è la sospensione dell'esecuzione, ma la stessa sospensione condizionale della pena risulta nella sostanza priva di contenuti anche in seconda concessione.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente, come, una volta trasposta in sede processuale, la messa alla prova tenda inevitabilmente ad essere attratta dal modello che persegue scopi premiali, dove queste antinomie finiscono per attenuarsi.

Nella prospettiva premiale, infatti, perdono di centralità il carattere sanzionatorio e i contenuti della prova, nonché la personalità del reo, mentre la logica, come accennato, diviene quella di uno scambio, per cui l'imputato rinuncia a una cognizione piena per ottenere alcuni vantaggi significativi.

Ecco allora che la disciplina tende ad assumere i seguenti caratteri. Per quanto riguarda l'applicazione, non richiedendosi un accertamento pieno della responsabilità, essa diviene a richiesta dell'imputato, mentre il giudice dovrebbe concederla "automaticamente", senza alcun esercizio di un potere discrezionale sulla persona, salvo poi la previsione di limitazioni applicative, imposte dalla necessità di conciliare esigenze di prevenzione generale con quelle meramente premiali e deflative.

I contenuti della prova, dovendo caratterizzarsi per una minore afflittività rispetto alla risposta sanzionatoria che scaturisce dalla condanna, anche per offrire un effettivo vantaggio come contropartita alla rinuncia di una cognizione piena, possono consistere, ad esempio, in condotte riparatorie, consegna del profitto o del prezzo del reato, pagamento di una somma di denaro allo Stato o comunque in prescrizioni tassativamente determinate e impartite dal giudice.

Infine, l'esito della "prova" dovrebbe coincidere con la mancata revoca, senza che vi sia la necessità di una valutazione in ordine alla positività dell'esito.

2. La disciplina vigente ispirata alla prevenzione speciale e la forza attrattiva esercitata dalla premialità nel diritto vivente: una conferma della tensione.

Non c'è alcun dubbio che la messa alla prova così come introdotta nel nostro sistema penale si ispiri al modello specialpreventivo. Al di là di alcuni aspetti che sono riconducibili a una *ratio* premiale (applicazione anticipata anche a una fase che precede l'esercizio dell'azione penale; iniziativa rimessa nelle mani dell'autore del reato; applicazione subordinata a un convincimento giudiziale di responsabilità del tutto simile a quello del patteggiamento), tutto il resto della disciplina è in piena sintonia con

l'obiettivo di perseguire scopi di prevenzione speciale. Così, ad esempio, la concessione dipende da una valutazione del giudice in termini di idoneità del trattamento e di prognosi di non recidiva avente ad oggetto la personalità dell'indagato/imputato. I contenuti risultano particolarmente afflittivi, potendo consistere in condotte riparatorie, nell'affidamento a un servizio sociale per lo svolgimento di un programma, nel lavoro di pubblica utilità e nella mediazione. Nell'ipotesi di revoca o di esito negativo, è previsto lo scomputo dalla pena da eseguire di un periodo corrispondente a quello della prova eseguita e la positività dell'esito è rimessa ancora una volta alla valutazione discrezionale del giudice.

Ebbene, il punto che vorrei mettere in evidenza è che nel diritto vivente si stanno sempre più manifestando le aporie che abbiamo messo in evidenza e ci sono segnali che confermano la tendenza dell'istituto ad essere attratto da una logica più premiale che specialpreventiva.

Anzitutto, si è posta la questione dell'applicazione retroattiva, e, com'è noto, dopo un iniziale orientamento che ha affermato la natura sostanziale della sospensione del procedimento con messa alla prova e la conseguente applicazione retroattiva¹, si è venuto consolidando un indirizzo che invece, riconoscendo all'istituto natura processuale, opta per la irretroattività². E non c'è alcun dubbio che questa preferenza accordata alla natura processuale sia in linea più con una funzione premiale che sostanziale dell'istituto.

In secondo luogo, vi sono state pronunce che hanno rigettato l'istanza di ammissione dell'imputato alla messa alla prova in ragione della contestazione di una aggravante ad effetto speciale, idonea, ad avviso dei giudici, a determinare il superamento del limite di pena previsto per l'applicabilità dell'istituto³. Ebbene, al di là del fatto che un altro orientamento giurisprudenziale ha affermato che manca sul piano letterale ogni esplicito riferimento alla possibile incidenza di eventuali aggravanti ad effetto speciale sui limiti di pena⁴, ciò che preme mettere in evidenza è come il tentativo di porre limiti ulteriori all'applicazione dell'istituto, connessi alla gravità del reato, non possa che sottendere una concezione della sospensione del procedimento in termini premiali. Tuttavia, proprio perché l'istituto presenta un carattere afflittivo, risulta del tutto coerente aver riconosciuto un ambito applicativo più esteso, anche con

¹ Cass. pen., Sez. V, ord. 9 luglio 2014-11 luglio 2014, D.R., in *CED Cass.*, n. 30559/2014; Trib. Brindisi, ord. 17 dicembre 2014; Trib. Genova, 7 ottobre 2014.

² Cass. pen., Sez. III, 24 aprile 2015-26 giugno 2015, F.P., in *CED Cass.*, n. 27071/2015; Cass. pen., Sez. III, 14-4-2015-27 maggio 2015, Z.X., *ivi*, n. 22104/2015; Cass. pen., Sez. IV, 2 ottobre 2014-21 maggio 2015, Bellora, *ivi*, n. 21239/2015; Cass. pen., Sez. II, 15 gennaio 2015-4 maggio 2015, C.F., *ivi*, n. 18265/2015; Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2014-23 aprile 2015, *ivi*, n. 17101/2015; Cass. pen., Sez. IV, 15 dicembre 2014-10 febbraio 2015, Chiovino, *ivi*, n. 5986/2015; Cass. pen., Sez. IV, 2 ottobre 2014-13 gennaio 2015, B.A., *ivi*, n. 1281/2015; Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2014-18 novembre 2014, Calamo, *ivi*, n. 47587/2014; Cass. pen., Sez. F., 9 settembre 2014-10 ottobre 2014, Valmaggi, *ivi*, n. 42318/2014; Cass. pen., Sez. F., 31 luglio 2014-13 agosto 2014, Ceccaroni, *ivi*, n. 35717/2014.

³ Cass. pen., Sez. VI, 30 giugno 2015-10 settembre 2015, Fagrouch, in *CED Cass.*, n. 36687/2015.

⁴ Cass. pen., Sez. IV, 10 luglio 2015-27 luglio 2015, Rossi, in *CED Cass.*, n. 32787/2015; Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2014-13 febbraio 2015, G.M., *ivi*, n. 6483/2015.

riferimento a reati che possono presentare in concreto una maggiore gravità, tanto è vero che l'incidenza preclusiva di eventuali aggravanti è stata prevista con riferimento all'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis*, comma 4, c.p.), il quale però determina una non punibilità *tout court* del soggetto.

Inoltre, non sono mancate pronunce che, muovendo proprio dal "disagio" derivante dalla sottoposizione del soggetto a un trattamento afflittivo, ma in assenza di un accertamento pieno della sua responsabilità, hanno richiesto come presupposto la "confessione" da parte del soggetto in ordine alla propria responsabilità, pronunce che tuttavia, ancora una volta opportunamente, sono state censurate dal giudice di legittimità⁵

Ed ancora, riguardo all'esercizio della discrezionalità al momento della concessione, com'era prevedibile, in assenza di un limite soggettivo connesso alla figura del recidivo, si è posto il problema se la messa alla prova possa trovare applicazione anche nei confronti di soggetti che comunque sono già stati condannati. La giurisprudenza ha adottato una soluzione negativa, facendo leva su un'argomentazione ispirata alle finalità specialpreventive dell'istituto: «la Corte di Appello ha evidenziato come l'imputato, pur avendo già beneficiato della sospensione condizionale, fosse nuovamente caduto nel delitto dimostrando di non aver tratto alcun insegnamento dalla pregressa esperienza giudiziaria [...] la stessa sospensione condizionale può costituire per il condannato una contropinta al delitto»⁶. Tuttavia, si deve osservare come la Corte finisca per irrigidirsi in un automatismo che contraddice le stesse finalità specialpreventive e che in definitiva risulta espressione della volontà di restringere l'ambito applicativo dell'istituto. Proprio dalla circostanza che come limiti soggettivi sono stati previsti "soltanto" gli stati di delinquente abituale, professionale o per tendenza, con esclusione della recidiva, si ricava che il legislatore non ha escluso a priori la possibilità di giungere a una prognosi di non recidiva rispetto a soggetti che hanno comunque precedenti, lasciando al giudice ampi margini di apprezzamento perfettamente coerenti con la finalità specialpreventiva.

Infine, si deve osservare come in presenza di un procedimento per più reati, alcuni dei quali sospendibili a fronte di altri che invece non lo sono, la giurisprudenza di merito si sia orientata nel senso della possibilità di separare i procedimenti⁷, mentre v'è stata una pronuncia di legittimità che invece si è espressa in senso contrario, facendo leva ancora una volta sulla prevenzione speciale: la realizzazione di più reati, alcuni dei quali "ben più gravi", escluderebbe di per sé un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato⁸. Tuttavia, proprio se ci si basa sulle finalità specialpreventive, ancora una volta dovrebbe essere attribuito al giudice il potere di valutare l'opportunità di separare i procedimenti. La Corte finisce quindi per configurare un altro automatismo che contraddice la stessa prospettiva specialpreventiva, giungendo a una soluzione negativa che, guarda caso, è identica a

⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2015-4 giugno 2015, B.M., in *CED Cass.*, n. 24011/2015.

⁶ Cass. pen., Sez. IV, 10 marzo 2015-21 aprile 2015, Soufiane, in *CED Cass.*, n. 16683/2015.

⁷ Trib. Brindisi, 11 giugno 2014; Trib. Torino, 21 maggio 2014.

⁸ Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2015-8 aprile 2015, A.L., in *CED Cass.*, n. 14112/2015.

quella adottata con riferimento al patteggiamento c.d. parziale, il cui scopo premiale e deflattivo può considerarsi assolutamente pacifico⁹. In buona sostanza, la Corte pone un limite automatico che si giustifica solo nell'esigenza di restringere l'ambito applicativo di un istituto che alla fin fine viene concepito privilegiando la componente premiale, come tale destinato ad essere applicato a rei primari e del tutto occasionali.

3. Il successo applicativo della messa alla prova, tra convenienza del richiedente ed effettività sanzionatoria in un sistema ineffettivo.

Mi siano consentite tre considerazioni ulteriori. La prima. Dai dati pubblicati dal Ministero della Giustizia relativi all'applicazione dei numerosi strumenti "alternativi" al carcere presenti nel nostro sistema, emerge che la messa alla prova ha avuto un indiscutibile successo. Trattandosi di istituto che opera in una fase anticipata rispetto alla condanna, non si è in grado di sapere se e quanto incida sulla popolazione carceraria. Ma sicuramente si presenta come un istituto particolarmente vitale. E si tratta di un successo affermatosi un po' contro tutte le aspettative, visto che da più parti si erano espresse riserve sul piano della sua efficacia, in virtù della mancanza di una fase cognitiva effettivamente afflittiva capace di indurre i soggetti a formulare la richiesta e in virtù di un possibile atteggiamento di resistenza da parte della magistratura, rispetto all'ennesima riforma – per così dire – tampone o comunque non di sistema. Invece, la richiesta c'è stata e c'è stata anche una tendenza a concedere l'istituto: al 31 luglio 2015, risultano 4.782 applicazioni e 9.684 "indagini in corso da parte dell'UEPE per la possibile concessione", vale a dire procedimenti attivati a seguito della richiesta.

La questione diventa: a cosa si deve questo successo? A mio avviso, la disciplina dell'istituto, basata sulla richiesta del soggetto e sulla presenza di contenuti afflittivi, ha permesso l'incontro di due esigenze. Da un lato, dalla prospettiva del richiedente, si deve considerare che l'imputato non vuole giocarsi la sospensione condizionale della pena, o comunque gli istituti sospensivi che trovano applicazione nella fase cognitiva, con la conseguenza che la gamma dei destinatari della misura risulta molto ampia: al netto dell'ipotesi, che come abbiamo visto è problematica, dell'autore non primario, a richiedere la messa alla prova non è soltanto il soggetto che non è mai stato condannato e che si ritiene rischi il carcere, ma anche il soggetto che non è mai stato condannato e non rischia il carcere essendo prevedibile che sarà applicato un istituto sospensivo in sede di cognizione.. Se rispetto a quest'ultima figura, la circostanza che la sospensione condizionale della pena fosse sgarnita di contenuti, aveva fatto ritenere

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7 ottobre 2013-23 maggio 2013, P.M., in *CED Cass.*, n. 41138/2013. L'ammissibilità del patteggiamento c.d. parziale è tuttavia oggetto di contrasto: sempre in senso negativo, cfr. Cass. pen., Sez. II, 6 dicembre 2012-11 marzo 2013, Honaini, in *CED Cass.*, n. 11284/2013; Cass. pen., Sez. II, 8 luglio 2010-21 luglio 2010, Azzolina, *ivi*, n. 28696/2010; in senso positivo, invece, cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2011-27 settembre 2011, D.L., *ivi*, n. 34915/2011; Cass. pen., Sez. VI, 22 aprile 2008-4 giugno 2008, Cucchi, *ivi*, n. 22427/2011.

probabile la mancata richiesta, tuttavia sembra che nella prassi, proprio al fine di non giocarsi le possibilità sospensive, si tenda comunque a richiedere la messa alla prova. A supporto di questa lettura, si consideri che all'interno del nostro sistema si era già manifestata la tendenza, tuttavia censurata dalla giurisprudenza, a rinunciare alla sospensione condizionale se per esempio si trattava di condanna a pena pecuniaria. Quindi l'esperienza sembra insegnarci che esiste la disponibilità a sottoporsi immediatamente ad un'afflizione se ciò consente di riservarsi per il futuro la possibilità di vedere applicati istituti sospensivi, e ciò anche quando l'applicazione immediata di istituti sospensivi sarebbe nella sostanza priva di contenuti afflittivi.

Dall'altro lato, dalla prospettiva del concedente, si deve osservare che proprio perché la messa alla prova è dotata di contenuti afflittivi, il giudice tende a considerare la sua applicazione il momento di effettività del sistema mancante in sede di cognizione. In buona sostanza, in presenza di un sistema ineffettivo nella fase della cognizione, i giudici finiscono per apprezzare e valorizzare il momento di effettività della messa alla prova, anche se tale momento è collocato nella fase anticipata del procedimento.

Seconda considerazione. Se quanto abbiamo appena evidenziato ha un suo fondamento, si deve osservare come, sul piano sistematico, si vengano a determinare alcune storture funzionali. Anzitutto, dalla prospettiva del richiedente, si finisce per avallare una logica meramente utilitaristica che incentiva un calcolo di mera convenienza nella sostanza finalizzato a "preservarsi" mezzi che consentono di "fuggire" dalle risposte sanzionatorie "principali", con l'effetto finale di creare un sistema nella sostanza deresponsabilizzante: la richiesta della messa alla prova non risulta determinata da una valutazione utilitaristica – per così dire – nobile che comunque è coerente al sistema, vale a dire, sottoporsi al trattamento per "soffrire" meno; ma da un calcolo prettamente strumentale e disfunzionale rispetto alla logica punitiva, nel senso che ci si sottopone al trattamento per conservare la *chance* di beneficiare di altri istituti capaci di evitare in futuro possibili afflizioni nell'ipotesi in cui si torni a delinquere.

In secondo luogo, ci troviamo davanti all'ennesimo paradosso, per cui il nostro sistema conosce effettività in fase processuale ed in fase esecutiva, ma non conosce effettività nella fase della cognizione, vale a dire nella fase che alla fin fine costituisce il perno del sistema. La causa principale da cui deriva tutto questo è arcinota, vale a dire l'assoluta centralità accordata alla pena carceraria. Al momento il sistema si regge sulla detenzione carceraria, e nel momento in cui si pone il problema del sovraffollamento, l'unico modo per fronteggiarlo senza assumersi la responsabilità di realizzare riforme strutturali, è quello di rendere il sistema sempre meno afflittivo. Vero questo, risulta quindi comprovato come l'unica riforma strutturale davvero improcrastinabile sia quella di renderlo meno afflittivo e più effettivo attraverso l'introduzione di pene principali diverse dalla detenzione carceraria.

4. Quale futuro per la messa alla prova? Verso una giustizia riparativa mediante la creazione di spazi di incontro tra reo e vittima.

Terza ed ultima considerazione. Nell'ipotesi in cui venga realizzata una riforma del sistema in termini di minore afflittività e maggiore effettività, ci sarebbe ancora spazio per la messa alla prova?

Io ritengo di sì. Da un lato, la messa alla prova si può comunque considerare come l'ingresso della prevenzione speciale nella fase della comminatoria edittale. Nonostante i limiti funzionali che abbiamo già messo in evidenza, tuttavia la configurazione di uno spazio flessibile in sede processuale tende a modulare la risposta sanzionatoria sulla persona del reo, e questo si può considerare un interessante progresso del sistema in prospettiva della valorizzazione della dimensione personalistica del diritto penale.

Dall'altro lato, se con la disciplina al momento vigente si è investito molto sui contenuti della prova, un domani si potrebbe investire di più sul rapporto tra reo e vittima potenziando soprattutto l'istituto della mediazione.

Da tempo mi interrogo se all'interno di un sistema punitivo "tradizionale" possano essere inseriti spazi di incontro, di giustizia riparativa, di mediazione applicabili durante la fase processuale, anche al fine di andare a incidere sulle cause sostanziali che stanno alla base del conflitto di cui la realizzazione del reato non costituisce altro che l'espressione ultima. E proprio un istituto come la messa alla prova, in virtù della sua struttura sospensiva, si presta benissimo a realizzare tutto questo.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come se, da un lato, l'illuminismo ha avuto un ruolo fondamentale nell'umanizzare il diritto penale, dall'altro lato, però, ha prodotto anche una serie di miti: non solo quello della legalità, ma anche quello del monopolio pubblico del diritto punitivo. Con quest'ultimo mito si è creduto di sconfiggere la vendetta, muovendo dalla premessa che ogni "giustizia punitiva privata" non potesse che consistere nella vendetta.

Tuttavia, a ben vedere, c'è da chiedersi non solo se davvero la giustizia pubblica sia del tutto sganciata da logiche vendicative, ma anche se davvero la "giustizia punitiva privata" sia soltanto vendetta. Sotto il primo profilo, infatti, appare sempre più chiaro come anche la pena, basata sulla violenza, abbia in sé alcuni caratteri che sono propri della vendetta: alla violenza che contraddistingue la commissione del reato, si risponde con altrettanta violenza. E' vero che l'uso della forza avviene per mano pubblica, diversa da quella che ha commesso il fatto di reato, ma alla fin fine la violenza praticata dallo Stato ha in sé la stessa matrice che contraddistingue la violenza praticabile da una vittima.

Sotto il secondo profilo, l'illuminismo ha identificato la giustizia privata con la vendetta e ha superato la vendetta superando la giustizia privata. Tuttavia, come dimostrano anche recenti studi storici, la giustizia privata non si esauriva nella vendetta, ma, udite udite, era anche, e addirittura spesso, mediazione e riparazione, vale a dire una risposta diversa ed altra rispetto alla punizione.

Ecco allora che aprire spazi di giustizia riparativa significa aprire spazi per superare una giustizia (vendicativa ed escludente) ancora basata sulla violenza com'è attualmente quella pubblica.

Scenari futuribili? Dipende. Se si guarda al fatto che il legislatore ha rinunciato ad esercitare la delega contenuta nella legge n. 67 del 2014 che conferiva al Governo il potere di introdurre come pene principali la reclusione e l'arresto domiciliari, oppure se si considerano i costanti innalzamenti di pena (si pensi alla corruzione, come anche alle riforme in dirittura di arrivo in tema di furto e rapina nonché di omicidio e lesioni stradali) e i progressivi potenziamenti della confisca, non c'è dubbio che si tratti di scenari futuribili. Se però si guarda a una parte delle riforme contenute nel d.d.l. 2798 (in particolare la previsione di condotte riparatorie capaci di estinguere il reato) gli scenari che abbiamo tratteggiato non sembrano così lontani.

Una cosa è certa: si pone la necessità di decidere da che parte andare, vale a dire di uscire da una sorta di schizofrenia che sta caratterizzando l'attuale produzione normativa. Se la volontà politica vuole essere quella di cambiare rispetto al passato, l'unica strada è realizzare una riforma che vada nel senso di rendere il sistema meno afflittivo e più effettivo. Anche perché riformare senza andare a toccare il carattere carcerocentrico del sistema, significa compiere riforme destinate ad essere pervertite proprio dalla mancanza di effettività del sistema, come dimostra per l'appunto l'istituto della messa alla prova, la cui richiesta, come abbiamo visto, finisce per essere spesso espressione di un calcolo di convenienza avente l'effetto ultimo di deresponsabilizzare. Diversamente, se si prescinde da una riforma del genere, il risultato è quello di porsi nel solco del passato, nonostante tutte le velleità riformatrici che si proclamano o si realizzano credendole tali.