



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Elena Mattevi

UNA GIUSTIZIA PIÙ RIPARATIVA

Mediazione e riparazione in materia penale

2017



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

14

2017

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2017*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-764-8
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-218-1.

Dicembre 2017

Elena Mattevi

UNA GIUSTIZIA PIÙ RIPARATIVA

Mediazione e riparazione in materia penale

Università degli Studi di Trento 2017

In questa sede voglio esprimere la mia riconoscenza ai maestri e agli interlocutori che mi hanno permesso di condurre in porto il mio lavoro.

Ringrazio dunque in primo luogo il prof. Gabriele Fornasari ed il prof. Alessandro Melchionda, punti di riferimento determinanti nella mia esperienza di studio e di ricerca universitaria, per l'attenzione con cui hanno seguito questo lavoro, per i preziosi consigli che sempre mi riservano e per il dialogo vivo e partecipe che abbiamo in corso. Devo poi ricordare il prof. Lorenzo Picotti che per primo, con entusiasmo, mi ha orientata verso questo studio. Così il libro non avrebbe raggiunto la sua forma attuale senza la generosa e scrupolosa disponibilità della prof.ssa Mariavaleria del Tufo, con cui ho condotto la fase di revisione nel corso di conversazioni tanto intense da aver arricchito non solo questo lavoro, ma anche l'orientamento delle mie ricerche.

Fra i docenti della Facoltà di Giurisprudenza di Trento esprimo i miei ringraziamenti al Preside, prof. Giuseppe Nesi, e in particolare al Decano prof. Diego Quaglioni, per il sostegno sapiente e la ricchezza dei suoi insegnamenti. Ricordo poi i membri e i collaboratori dell'Osservatorio sulla giustizia di pace, conciliativa e riparativa dell'Università degli Studi di Trento e il prof. Marino Marinelli che con il prof. Fornasari ne è il responsabile scientifico. Così voglio menzionare il personale amministrativo, ringraziando, per tutti, Loredana Giacomelli.

In questi anni l'approfondimento delle tematiche relative alla giustizia riparativa e alla giurisdizione del Giudice di Pace è stato concretamente supportato dalla Regione Autonoma Trentino Alto-Adige/Südtirol, che ha creduto e continua a credere nei progetti che abbiamo sviluppato presso la Facoltà di Giurisprudenza. A questo ente ed alle diverse persone, politici e funzionari assai lungimiranti, che operano in questo contesto, va estesa la mia riconoscenza. Un pensiero speciale va alla dott.ssa Antonia Tassinari, che per anni ha rappresentato il punto di riferimento per tali questioni.

La ricerca non avrebbe poi preso corpo senza la cortese collaborazione del personale delle strutture straniere che mi hanno ospitato nei soggiorni di studio. Un sincero grazie va rivolto soprattutto ai responsabili del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, di Freiburg im Breisgau, ed in particolare alla dott.ssa Johanna Rinceanu e alla dott.ssa Konstanze Jarvers.

Questi anni di ricerca si sono nutriti di numerose conversazioni con colleghi, docenti e ricercatori che hanno arricchito il mio tempo con la loro presenza amichevole. Oltre ai Colleghi della cattedra, ricordo Silvia Mutschlechner,

Silvia Pellizzari, Caty Vidales Rodriguez, Vanni Ceola, Fulvio Cortese, Roberto Flor e Francesco Ghia. A Ilaria Merenda devo un ringraziamento speciale per gli stimoli che mi sono venuti dalle nostre vivaci discussioni, e così anche alle amiche Sara Morolli, per il prezioso supporto, puntuale ed intelligente, e Antonia Menghini, per il confronto continuo e l'acuta e generosa sensibilità che mi ha dimostrato in tutto il tempo passato insieme.

Ringrazio Guido e Renata, i miei genitori, che continuano a starmi vicino e ad insegnarmi a stare al mondo, i miei fratelli e i miei familiari, anche quelli più piccoli, pur con tutte le difficoltà di questo periodo.

A Walter dedico il ringraziamento conclusivo e questo libro, perché senza di lui, di certo, il mio lavoro non avrebbe trovato questa espressione.

INDICE

Pag.

CAPITOLO PRIMO

ISTANZE FONDATIVE E RECENTI CONTRIBUTI AL SISTEMA PENALE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

<i>1. La giustizia riparativa: alle origini di una riscoperta.....</i>	1
<i>1.1. Le radici premoderne della giustizia riparativa.....</i>	3
<i>1.2. I contributi allo sviluppo delle prime riflessioni sulla restorative justice.....</i>	8
<i>2. La giustizia riparativa tra istanze di tutela della vittima e teorie della pena.....</i>	17
<i>2.1. Oblio e riscoperta della vittima nel sistema penale</i>	20
<i>2.1.1. La vittima: una nozione criminologica.....</i>	20
<i>2.1.2. La progressiva riscoperta della vittima.....</i>	27
<i>2.1.3. La vittima nel procedimento penale</i>	40
<i>2.2. Modello riparativo e teorie della pena.....</i>	45
<i>3. Il rapporto efficiente tra la giustizia riparativa ed il sistema penale italiano.....</i>	61
<i>3.1. Inflazione penale e correttivi. Nella prospettiva di una “sussidiarietà contemporanea”.....</i>	61
<i>3.2. Contributo della giustizia riparativa all’efficienza processuale e rapporto con il principio di obbligatorietà dell’azione penale</i>	75

CAPITOLO SECONDO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: DEFINIZIONI E PRATICHE

<i>1. Alla ricerca di una definizione di giustizia riparativa.....</i>	83
<i>1.1. Analisi di alcune definizioni proposte.....</i>	83
<i>1.2. La centralità del momento riparativo nella definizione di restorative justice.....</i>	97
<i>1.2.1. La componente riparativa nella giustizia riparativa e nel diritto penale.....</i>	97
<i>1.2.2. La riparazione e la pena.....</i>	108
<i>1.2.3. Risarcimento del danno e punizione.....</i>	114
<i>2. Forme e pratiche della giustizia riparativa.....</i>	120
<i>2.1. Un quadro generale dei principali processi riparativi.....</i>	121
<i>2.2. In particolare: la mediazione penale.....</i>	126
<i>3. La giustizia riparativa a supporto della giustizia tradizionale, per la valorizzazione della persona offesa e la responsabilizzazione dell'autore di reato: una precisazione operativa.....</i>	137

CAPITOLO TERZO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLE FONTI
SOVRANAZIONALI E NEGLI ORDINAMENTI
DELL'EUROPA CONTINENTALE: FRANCIA,
GERMANIA, SPAGNA

<i>1. Analisi delle fonti sovranazionali in tema di restorative justice e mediazione penale.....</i>	143
<i>1.1. Le iniziative assunte nell'ambito delle Nazioni Unite: dai primi documenti in tema di restorative justice alla Risoluzione sui Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale adottata dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite nel 2002.....</i>	145

	Pag.
<i>1.2. Il ruolo ed i documenti del Consiglio d'Europa</i>	150
<i>1.2.1. Le prime raccomandazioni in tema di giustizia riparativa e la Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale</i>	150
<i>1.2.2. L'implementazione delle raccomandazioni concernenti le modalità di definizione alternativa dei procedimenti, secondo le indicazioni della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)</i>	154
<i>1.3. La disciplina dei processi riparativi nelle fonti sovranazionali: analisi delle linee guida fondamentali</i>	159
<i>1.4. Le iniziative dell'Unione europea: dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale del 15 marzo 2001 alla Direttiva 2012/29/EU del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato</i>	168
<i>2. La giustizia riparativa in alcuni ordinamenti europei</i>	181
<i>2.1. La giustizia riparativa in Francia</i>	182
<i>2.1.1. Origine delle pratiche mediative francesi in ambito penale. Inquadramento dell'istituto della mediazione</i>	182
<i>2.1.2. L'attuale disciplina normativa della mediazione penale</i>	192
<i>2.1.3. I programmi attivati in Francia: la figura del mediatore e le prassi applicative</i>	204
<i>2.2. La giustizia riparativa in Germania</i>	210
<i>2.2.1. Riparazione e mediazione nel sistema processuale</i>	210
<i>2.2.2. Previsioni normative orientate al modello riparativo tra non punibilità e diversion</i>	217
<i>2.2.3. § 46a StGB: riparazione del fatto e riparazione del danno ...</i>	228
<i>2.3. La giustizia riparativa in Spagna</i>	237
<i>2.3.1. La mediazione penale nell'esperienza spagnola: inquadramento normativo</i>	237

	Pag.
<i>2.3.2. Le pratiche riparative nelle pieghe del sistema penale spagnolo</i>	249
<i>2.4. Breve sguardo d'insieme: un panorama complesso</i>	252

CAPITOLO QUARTO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL DIRITTO PENALE ITALIANO: DAL D.LGS. 274/2000 ALLE PIÙ RECENTI RIFORME DEL SISTEMA PENALE

<i>1. Principi informatori del d.lgs. 274/2000 in tema di competenza penale del giudice di pace</i>	259
<i>1.1. La riforma del giudice di pace come strumento deflattivo e sperimentale</i>	260
<i>1.2. La conciliazione quale finalità primaria ed il potenziamento dei meccanismi riparatori e del ruolo della persona offesa</i>	268
<i>1.3. Le peculiarità del sistema sanzionatorio: diritto penale "miste ma effettivo"</i>	276
<i>1.4. La competenza per materia del giudice di pace penale</i>	285
<i>2. La conciliazione e la mediazione</i>	298
<i>2.1. Precisazioni terminologiche</i>	300
<i>2.2. Disciplina della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace: criticità</i>	304
<i>2.3. I facilitatori della mediazione</i>	315
<i>3. Le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato (art. 35 d.lgs. 274/2000)</i>	320
<i>3.1. Inquadramento sistematico dell'istituto e soglie temporali</i>	321
<i>3.2. Ambito applicativo dell'istituto</i>	336
<i>3.3. Le condotte riparatorie: restituzioni, risarcimento, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato</i>	342
<i>3.4. Le esigenze di riprovazione e di prevenzione ed il ruolo della vittima</i>	356

	Pag.
3.5. <i>L'istituto al vaglio della giurisprudenza: alcuni orientamenti e dati applicativi</i>	365
3.5.1. <i>Analisi di alcuni orientamenti giurisprudenziali</i>	365
3.5.2. <i>L'approdo delle Sezioni Unite 2015</i>	369
3.5.3. <i>Alcuni dati applicativi, in conclusione</i>	373
4. <i>Giustizia riparativa e particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): il ruolo della persona offesa</i>	377
4.1. <i>Particolare tenuità del fatto: i presupposti</i>	378
4.2. <i>Interessi e volontà della persona offesa</i>	388
5. <i>La giustizia riparativa in alcuni sviluppi del diritto penale degli adulti</i>	395
5.1. <i>Le componenti riparative della messa alla prova</i>	396
5.1.1. <i>L'istituto della messa alla prova: dal sistema minorile a quello degli adulti</i>	396
5.1.2. <i>Mediazione penale e condotte riparatorie nell'ambito del programma di messa alla prova</i>	406
5.2. <i>Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto nel sistema generale (art. 131-bis c.p.) e ruolo della persona offesa</i>	414
5.2.1. <i>Caratteri generali dell'istituto</i>	415
5.2.2. <i>Particolare tenuità del fatto nel sistema generale ed in quello di pace: peculiarità ed interferenze con speciale riferimento al ruolo della persona offesa</i>	421
5.3. <i>Interventi di depenalizzazione e decriminalizzazione del 2016: nuove forme di oblio della vittima?</i>	428
5.3.1. <i>Depenalizzazione e decriminalizzazione attuate con i dd.lgss. n. 8 e 7 del 2016</i>	429
5.3.2. <i>Decriminalizzazione e natura complessa della nuova "sanzione pecuniaria civile"</i>	431

	Pag.
<i>5.3.3. Il significato della giustizia riparativa nel quadro degli interventi di decriminalizzazione.....</i>	436
<i>5.4. La giustizia riparativa nei lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale.....</i>	438

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE DI SVILUPPO NELLA DEFINIZIONE ALTERNATIVA DEI CONFLITTI: IL CONTRIBUTO DI UN MODELLO *RIPARATIVAMENTE* ORIENTATO E DEGLI ISTITUTI CHE LO CARATTERIZZANO

<i>1. La giustizia riparativa per la definizione alternativa dei conflitti nell'ambito della giustizia penale degli adulti: alcune riflessioni.....</i>	445
<i>1.1. Esigenze ricomponibili nel quadro della giustizia riparativa ..</i>	446
<i>1.2. Dalla giustizia riparativa alla giustizia tradizionale: le garanzie per il reo e per la vittima</i>	450
<i>1.3. Risultati da valorizzare in chiave prospettica</i>	452
<i>2. Il sistema del giudice di pace come modello riparativamente orientato: possibili linee di sviluppo.....</i>	456
<i>2.1. Ipotesi di riforma per una più coerente determinazione della competenza della giurisdizione di pace</i>	456
<i>2.2. Sull'opportunità di apportare delle modifiche alla disciplina degli istituti riparativi del d.lgs. 274/2000</i>	459
<i>3. Il contributo al diritto punitivo tradizionale di un modello riparativamente orientato. Prospettive di sviluppo di alcuni istituti riparativi nel sistema penale generale.....</i>	463
<i>3.1. Giustizia penale punitiva e riparativa in rapporto di complementarietà</i>	463
<i>3.2. La mediazione penale</i>	469

INDICE

	Pag.
<i>3.2.1. Ambito applicativo della mediazione penale: criteri di selezione dei casi mediabili</i>	470
<i>3.2.2. Mediazione e fasi del procedimento penale.....</i>	480
<i>3.2.3. Disciplina della mediazione. Formazione e requisiti dei mediatori</i>	482
<i>3.3. Condotte riparatorie ed estinzione del reato.....</i>	488
<i>3.3.1. Inquadramento dell'istituto e fasi del procedimento penale..</i>	489
<i>3.3.2. Ambito dei reati interessati dall'istituto e ruolo della persona offesa</i>	492
<i>3.3.3. Presupposti applicativi dell'istituto.....</i>	500
<i>3.3.4. L'art. 162-ter c.p. e la riforma mancata.....</i>	505
 <i>4. La giustizia riparativa tra suggestioni, rischi e vie concretamente percorribili.....</i>	 512
 BIBLIOGRAFIA.....	 517

CAPITOLO PRIMO

ISTANZE FONDATIVE E RECENTI CONTRIBUTI AL SISTEMA PENALE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

1. La giustizia riparativa: alle origini di una riscoperta

La giustizia riparativa è un tema complesso, invocato frequentemente in chiave di riforma da prospettive diverse, talvolta sovrapposte in alcuni profili, ma più spesso contrastanti: vi si riferisce, infatti, chi difende un modello completamente nuovo o addirittura una visione abolizionistica del sistema penale; chi attribuisce alla riparazione una funzione punitiva; chi valorizza la posizione e le esigenze della vittima nella giustizia penale o, infine, semplicemente, chi assegna un ruolo sempre più importante alle forme di definizione alternativa del procedimento penale che si fondano sul consenso e sulla riparazione¹.

Nella letteratura, anche nazionale, si parla di giustizia riparativa utilizzando frequentemente l'anglicismo *restorative justice*, vista la fortuna incontrata da questo paradigma nel mondo anglosassone, dove si sono sviluppate le prime elaborazioni dottrinali².

¹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, Angeli, 2010, 53, parla efficacemente di “origini frastagliate di un’idea”, mentre L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 619, si riferisce ad un insieme di “pratiche, ricerche empiriche, movimenti sociali, riflessioni teoriche ed etiche”. Cfr. ampiamente P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 29.

² G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine “giustizia riparativa” e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 137 ss. In questo studio l’Autrice si sofferma proprio sul fatto che nel dibattito internazionale si parla di “giusti-

Pur riservando alle questioni definitorie uno specifico spazio all'interno del presente lavoro, si può affermare fin d'ora che di *restorative justice* si è cominciato a parlare diffusamente a partire dagli anni Settanta del Novecento, soprattutto negli Stati Uniti, come di un nuovo approccio alla giustizia penale che muove dal superamento della logica tradizionale del castigo per proporre un'interpretazione relazionale del conflitto connesso al reato con l'utilizzo di strumenti alternativi alla pena in senso stretto, allo scopo di promuovere la riconciliazione tra il reo e la vittima e di riparare consensualmente le conseguenze del reato³.

Il tema ha guadagnato un rilievo sempre maggiore nell'ambito del dibattito internazionale fino ad essere riconosciuto anche normativamente: l'attenzione delle organizzazioni sovranazionali vi si è rivolta a partire dagli anni Ottanta soprattutto, come vedremo, in coincidenza con la riscoperta della vittima nell'ambito del procedimento penale⁴. Bonafé-Schmitt ha in questo senso individuato un'evoluzione graduale

zia riparativa” ricorrendo ad un anglicismo (*restorative justice*) del quale l'endiadi “giustizia riparativa” si pone, almeno apparentemente, come mera traduzione letterale. Il ruolo dominante della lingua inglese, anche nei lavori dell'Unione europea, ha alimentato un'autoreferenzialità ermeneutica che rischia di rivelarsi una trappola epistemologica, se non si considera come anche in Italia la giustizia riparativa abbia alle spalle un ricco retroterra culturale, che include le tradizioni giuridiche risalenti ai codici preunitari ed un dibattito giusfilosofico e criminologico di matrice rispettivamente neokantiana e positivista. Le due espressioni, comunque, a livello operativo possono dirsi sostanzialmente equivalenti. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017, 91, riconoscono, del resto, che le definizioni ruotano proprio attorno al lessema complesso *restorative justice*, poiché le principali elaborazioni dottrinali sono avvenute proprio in ambito anglosassone.

³ Cfr., per questo primo inquadramento, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006, 135. A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 78, parla, a tale riguardo, di “giustizia relazionale”.

⁴ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 1011 s.

nelle politiche penali, da un modello basato sulla punizione verso uno maggiormente orientato alla riparazione⁵.

1.1. *Le radici premoderne della giustizia riparativa*

In molti studi, anche se spesso sommariamente, questo modello di giustizia è stato valorizzato e reso più credibile evidenziandone le sue “radici antiche”⁶. Si tratta infatti di un modello che non appare del tutto originale, ma che può presentare alcuni profili di affinità con modelli di penalità premoderni, pur nell’ambito di un contesto assai mutato⁷. In fondo, dopo due secoli di formalizzazione e statalizzazione, ogni istanza di nuovo “informalismo” non può che conservare i segni originari dei sistemi giuridici dalla cui crisi discende⁸.

Si è parlato così della giustizia riparativa come di un “fenomeno giustifilosofico, presente a livello internazionale che, sotto il profilo cro-

⁵ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 21 ss.

⁶ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 140, ad esempio, cita il Codice di UrNammu, presso i Sumeri, che prescriveva forme di riparazione anche nei casi di crimini violenti contro la persona, mentre U. GATTI, M.I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 87, ricordano il Codice di Hammurabi (1700 A.C.), che prevedeva la restituzione per alcuni reati contro la proprietà. Cfr., sul punto, E. McLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 2; nonché L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 616.

⁷ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d’Europa*, Padova, Cedam, 2001, 631; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, Giuffrè, 2007, 172.

⁸ G. COSÌ, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 22 s.: “Quasi seguendo le oscillazioni di un pendolo, l’informalismo cerca infatti spesso di formalizzarsi, mentre i sistemi di giustizia ufficiali tendono a produrre periodicamente pratiche informali”.

nologico, “precede” e “segue” la giustizia penale modernamente intesa”⁹.

Attingendo al “retrotterra culturale di straordinaria ricchezza”¹⁰ di cui la giustizia riparativa può godere in Italia, vorrei ricordare come Sbriccoli abbia descritto la prima fase dell’esperienza cittadina medievale, tra i secoli XI e XIII secolo, in cui, insieme a forme di vendetta privata¹¹ – strumento di risalenti origini germaniche per ristabilire gli equilibri violati contro l’autore del reato, soggetto ad una progressiva crisi tardo-medievale – è diffusa l’idea per la quale il delitto è in primo luogo un’offesa da riparare più che da punire, che la riparazione consiste nella soddisfazione dell’offeso e che “la soddisfazione deve passare per una trattativa”¹².

La giustizia privata, quindi, non si esaurisce affatto nella vendetta, che anzi rappresenta spesso l’*ultima ratio*, mentre la negoziazione, con esiti molto vari, ha un ruolo fondamentale. Nella giustizia “a due” c’è spazio per la riconciliazione¹³.

⁹ G.A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un’indagine multidisciplinare*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 21.

¹⁰ G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo*, cit., 139.

¹¹ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 99, peraltro, mette in discussione l’immagine di una vendetta del tutto arbitraria ed avulsa dalla realtà sociale, lasciata integralmente nelle mani del privato, preferendone un’immagine di vendetta esercitata in un contesto di approvazione e ritualizzazione sociale, destinate a condizionarla in termini di contenimento.

¹² M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 5. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, vol. II, 10 ss., illustra come le legislazioni comunali presentassero frammisti i principi del diritto barbarico e di quello romano. Non tutto, però, si trovava negli statuti, ed al magistrato era concessa larghezza di giudizio, “affinché non fosse impastoiato nelle letterali espressioni delle leggi, quando era il caso di tener conto della equità o di conformarsi ad altre ragioni di pubblico interesse”. Egli era chiamato, altresì, ad esortare le parti avversarie a comporre le loro questioni (pag. 316).

¹³ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 104 ss.

Questa forma di giustizia, che opera dal basso, riposa prevalentemente sul consenso ed è rivolta alla vittima, è riservata soprattutto ai membri della comunità, che non si sono messi contro la stessa commettendo crimini gravi o reiterati. Agli autori di questi reati, ai forestieri e ai vagabondi – gli *intractabiles* – si applicano invece procedure pubbliche sommarie, amministrando una giustizia diversa, repressiva, che garantisce una pubblica vendetta.

La messa in discussione del carattere negoziale della giustizia penale in questo contesto è successiva. Comincia progressivamente ad affermarsi a partire dal XII secolo, con la rivoluzione che investe il sistema cittadino italiano, passando da una fase “comunitaria” ad una “autoritaria”, dominata da assemblee e da partiti, che sfocerà poi – nell’estrema sintesi che il presente lavoro impone – in regimi signorili e quindi in Stati territoriali, in cui muta radicalmente il rapporto tra signori e sudditi, e ci si preoccupa di garantirsi forme efficaci di giurisdizione. Tra la fine del XIII e gli inizi del XIV secolo, in particolare, viene impresso al sistema penale un “forte carattere di pubblicizzazione”¹⁴ anche perché i governi cittadini avvertono che proprio tale forma di giustizia è un mezzo di governo fondamentale e non va quindi lasciata esclusivamente all’iniziativa delle vittime: i giudici del podestà svolgono indagini d’ufficio e cominciano a condannare i colpevoli anche quando le vittime si sono riappacificate con loro e non avrebbero più interesse al processo (l’azione diviene pubblica ed obbligata per un numero sempre più ampio di reati ed il processo indisponibile). Si impone il principio per

¹⁴ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), cit., 7. Per la ricostruzione qui riposta cfr. integralmente il citato contributo alle pagg. 5 ss. Cfr., altresì, M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400* (1997), in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 47 ss. e C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., 12 ss. Per un panorama europeo sulla progressiva sostituzione dello Stato all’individuo come forza motrice dell’azione penale e sul passaggio del diritto e della procedura penale dalla sfera privata alla sfera pubblica, con la prima età moderna, si rinvia invece ai lavori di M.R. WEISSER, *Criminalità e repressione nell’Europa moderna*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1989, 50 ss. (con una dettagliata analisi di un caso di funzionamento di un sistema privato di giustizia penale, in Spagna, a Toledo, ancora nel 1624) e B. LENMAN, G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL, B. LENMAN, G. PARKER (ed. by), *Crime and the Law*, London, Europa Publ., 1980, 23 ss.

cui, quando si commette un delitto, non ci si limita a danneggiare la vittima, ma si offende anche la *res publica* ed il potere pubblico punisce perché non può consentire che lo si offenda; un principio che come vedremo sarà poi ampiamente sviluppato nella storia del pensiero¹⁵.

È tuttavia necessario precisare che – sempre secondo Sbriccoli – “solo una piccolissima parte della cultura della composizione morirà per sempre”¹⁶, già a partire da questo momento.

Nel Cinquecento, in cui può dirsi ormai consolidato lo spostamento della rilevanza penale di un comportamento dal “piano del danno a quello della disobbedienza”¹⁷ e si assiste ad una crescita della pressione del diritto criminale sulla società e della criminalizzazione primaria, la composizione delle controversie, anche penali, quale forma di “pacifi-

¹⁵ Sul passaggio, con il sorgere e fortificarsi dello Stato, dalla categoria dei reati privati a quella dei reati pubblici, accettando tuttavia, per i reati che al carattere pubblico erano passati da quello privato, la cooperazione delle persone offese, cfr. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., 269 ss., che parla di un reato che “promiscuamente prima, prevalentemente poi, prese carattere pubblico” (pag. 282). Per una riflessione, in termini positivi, sulla pubblicizzazione del penale nelle città italiane, con particolare riferimento al rapporto tra pena e risarcimento, cfr. sempre M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”. *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII (1998)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 98 ss.

¹⁶ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 12. Nello stesso senso, anche se per quanto riguarda il mondo germanico, D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 283 s.: nonostante un progressivo passaggio verso il processo d'inquisizione medievale, nel Medioevo il diritto penale non perde mai del tutto di vista l'interesse della persona offesa alla riparazione ed il procedimento ad azione penale privata continua a sussistere soprattutto nel caso di reati minori.

¹⁷ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 18 s. Egli evidenzia come attraverso questa costruzione si legittimi ampiamente l'azione d'ufficio del giudice. Descrive quindi, come esempi di irrigidimento del sistema dell'incriminazione e di quello del giudizio, la trasfusione delle *Practicae* dottrinali in grandi Leggi generali emanate dai principi, quali la *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgata da Carlo V nel 1532 per i territori dell'Impero e l'*Ordonnance criminelle* emanata per la Francia nel 1670 da Luigi XIV.

cazione mediante un concordato pagamento¹⁸ non scompare del tutto, soprattutto per i reati meno gravi.

Solo con l'arrivo della codificazione, dopo la Rivoluzione francese, viene definitivamente bandita¹⁹. Come evidenzia anche Zehr, infatti, se con il Tardo Medioevo si verifica una progressiva ascesa del paradigma della *State justice*, bisogna attendere proprio la fine del XVIII secolo perché in Occidente lo Stato possa formulare la pretesa radicale di un monopolio della giustizia penale²⁰.

Si compie così puntualmente quel fenomeno che è stato definito come sottrazione o espropriazione del conflitto da parte dello Stato²¹ ed indagato in chiave critica soprattutto grazie agli *input* dell'antropologia giuridica e dell'abolizionismo penale, che, come vedremo, hanno favorito l'emersione del paradigma riparativo²².

La vittima-persona offesa "si trova spogliata della sua originaria centralità nel meccanismo della repressione del crimine"²³.

Il mito del diritto penale moderno come diritto umanizzato e razionalizzato può essere facilmente sfatato se si pone l'attenzione su due aspetti fondamentali: da un lato esso presenta ancora un carattere sostanzialmente violento e vendicativo e, dall'altro, ha sempre guardato con grande diffidenza alla possibilità di riconoscere uno spazio per "un

¹⁸ C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., 323, offre questa definizione, ma precisa che lo Stato giunse progressivamente a fissarne la quantità e ad imporle, fino ad escludere ogni beneficio per il reo.

¹⁹ Come osserva D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004, 140: "Sarà l'Ottocento postnapoleonico a nutrire l'idea che il codice, come sistema normativo chiuso e che contiene in sé tutti gli strumenti per la propria integrazione, possa compendiare e rappresentare tutto il diritto, e che il diritto stesso si identifichi in definitiva con l'ordinamento positivo dello Stato". Cfr., altresì, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, n. 1, 6.

²⁰ H. ZEHR, *Changing Lenses*, Scottsdale (Pennsylvania)-Waterloo (Ontario), Herald Press, 1990, 111 ss. Cfr., altresì, per una ripresa più puntuale del pensiero di Zehr, sul punto, F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 176 ss.

²¹ N. CHRISTIE, *Conflicts as Property (1977)*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 19 ss.

²² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, 16.

²³ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1763.

dialogo/confronto diretto tra autore e vittima capace di “prendersi cura” del conflitto, se non addirittura di superare le sue “cause” ed i suoi “effetti” sostanziali”²⁴.

1.2. I contributi allo sviluppo delle prime riflessioni sulla restorative justice

Se volgiamo invece lo sguardo alla storia più recente della *restorative justice*, e quindi al momento della sua vera e propria scoperta, o riscoperta, nel contesto giuridico anglosassone, possiamo ricordare che la dottrina internazionale identifica unanimemente il “prototipo” della mediazione penale – in sede di commisurazione della pena – nel procedimento utilizzato nei primi anni Settanta, a Kitchener nell’Ontario, nell’ambito di un più ampio programma di riconciliazione tra reo e vittima. In quel caso, diversi reati di danneggiamento erano stati commessi da due giovani ubriachi a danno di ventidue vittime: gli imputati vennero riconosciuti colpevoli nel maggio del 1974, a seguito della loro confessione. Un funzionario del *Probation Office* di Kitchener, con il sostegno del coordinatore del Volontariato per i servizi sociali appartenente al movimento religioso anabattista dei mennoniti, ottenne tuttavia dal giudice – prima dell’udienza per la commisurazione della pena (prevista dal modello bifasico), in vista della quale egli era chiamato a raccogliere le informazioni sui due autori di reato – la concessione di un mese di tempo entro il quale essi potessero incontrare le vittime, co-definire i danni ad esse cagionati, ed auspicabilmente comporre il conflitto. L’esperimento consistente nella visita (in taluni casi, faticosamente realizzata o ricevuta) che i due giovani fecero a ciascuna delle persone offese fu preso in considerazione nell’ambito della sentenza di condanna, che fu assistita da un risarcimento del danno nella somma quantificata consensualmente dalla maggior parte dei soggetti coinvolti²⁵.

²⁴ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 97.

²⁵ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 129 s.; S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, Franco Angeli,

Questo semplice episodio, che inaugurò la sperimentazione di una serie di programmi più elaborati che vennero attivati in fasi diverse del procedimento penale, si inseriva in un contesto molto vivace di evoluzione del pensiero, anche criminologico. È proprio all'interno della più proceduralista delle culture giuridiche, quella americana, che si sono infatti sviluppate le prime e più forti reazioni alla razionalità procedurale ufficiale, in particolare nell'ambito della giustizia penale, proponendo il recupero di una ragionevolezza sostanziale volta alla tutela dei reali interessi²⁶. La capacità dello Stato di rendere giustizia, secondo il metodo tradizionale, appariva insufficiente²⁷.

Si possono individuare diverse, e non sempre conciliabili, correnti di pensiero, istanze ed esigenze che hanno variamente contribuito allo svi-

1997, 117; U. GATTI, M.I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, cit., 95; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2009, 60; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 164 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, Paris, L'Harmattan, 2005, 77. Per una più dettagliata analisi del caso cfr. D.E. PEACHEY, *The Kitchener Experiment*, in M. WRIGHT, B. GALAWAY (ed. by), *Mediation and Criminal Justice*, London, Newbury Park, New Delhi, Sage, 1989, 14 ss.

²⁶ G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit., 32 ss. Cfr. altresì R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, Boulder Colorado, London, FirstForumPress, 2011, 13, con riferimento alla giustizia penale statunitense, a partire dagli anni Settanta. Una compiuta analisi delle esperienze di giustizia riparativa degli Stati Uniti è stata svolta recentemente da D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1899 ss. Nell'evidenziare le numerose contraddizioni delle politiche criminali di quest'area geografica e le differenze esistenti nei diversi ordinamenti degli Stati Federati, l'Autrice sottolinea come la *restorative justice*, negli Stati Uniti, sia qualcosa di molto diverso da un'infatuazione passeggera, visto che anche gli Stati più restii sono giunti oggi a concederle delle aperture significative (West Virginia, Massachusetts, North Carolina, Washington, negli ultimi 5 anni). Se è vero che in molti ordinamenti la giustizia riparativa viene utilizzata a fini *lato sensu* sanzionatori, spesso in connessione ai lavori di pubblica utilità o alle prescrizioni impartite ai destinatari di *probation*, o nella fase del *sentencing* (per individuare la risposta sanzionatoria più opportuna), non mancano programmi di *restorative justice* come strumento e condizione di *diversion*.

²⁷ D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, Cacucci Ed., 2015, 37.

luppo della riflessione sulla giustizia riparativa nella cultura occidentale, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso.

Un apporto significativo è stato offerto dall'antropologia giuridica. Proprio grazie ai primi studi incentrati sui microcosmi delle comunità africane o centroamericane e sollecitati spesso dalla disillusione nei confronti della giustizia dei codici, si sarebbe ipotizzato un ritorno a forme privatistiche di composizione del conflitto o comunque a paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, "in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prosimità"²⁸.

Molte società africane, ad esempio, conoscono procedure di composizione dei conflitti "informali, quasi-legali", che coinvolgono la comunità e si concludono con atti anche simbolici che testimoniano l'avvenuta pacificazione. Esse affiancano quelle formali e presentano molti profili di interesse, ma sono state a lungo ignorate²⁹.

Il tema del regolamento dei conflitti, con strumenti giurisdizionali o alternativi, del resto, rappresenta proprio uno degli ambiti dell'antropologia giuridica che ha suscitato il maggior interesse dottrinale, ampia-

²⁸ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 109. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 30 ss.; E. McLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, cit., 2.

²⁹ Cfr. sul punto il contributo, molto conosciuto tra gli studiosi della *restorative justice*, sulla comunità Kpelle della Liberia: J.L. GIBBS, *The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes*, in *Africa: Journal of the International African Institute*, 1963, vol. 33, n. 1, 1 ss. Il testo in questione è molto citato nella letteratura di settore ed approfondisce le caratteristiche del *moot*, una procedura informale che ha luogo davanti ad un gruppo di parenti e vicini delle parti in conflitto, per questioni che attengono generalmente alla vita domestica. Cfr., per altri esempi, a livello internazionale, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 140 ss.; J. TAURI, A. MORRIS, *Re-forming Justice: the Potential of Maori Processes*, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1997, vol. 30, n. 2, 149 ss. e G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 29 ss., anche con riferimento alla cultura europea.

mente documentato dalla mole dei lavori in materia³⁰. Come è emerso in questi studi, la maggior parte delle società semplici, caratterizzate da un livello di coesione interna elevato, si avvale di procedure non giurisdizionali di composizione delle controversie: procedure che coinvolgono la comunità ispirandosi ai criteri di un ordine negoziato, in cui si cerca di ristabilire la pace attraverso strumenti diversi dalle imposizioni e le norme giuridiche costituiscono solo dei riferimenti da condividere, non degli imperativi. Nelle ben più diffuse società complesse, questi modelli possono coesistere con le procedure tipiche dell'ordine imposto dalla giustizia statale³¹, purché tuttavia si rispetti una cornice di diritti e di garanzie irrinunciabili³².

Vi è poi assoluta convergenza nel cogliere, nelle riflessioni sulla *restorative justice*, un'influenza di matrice abolizionistica³³. Nella prospettiva dell'abolizionismo penale novecentesco – spesso caratterizzato, a conferma delle strette relazioni che si instaurano tra i diversi campi di ricerca, dalla nostalgia per modelli arcaici o tradizionali di comunità senza diritto³⁴ – la pena appare ingiustificabile perché inefficace ed in-

³⁰ Vedi sul punto, per una compiuta analisi, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992, 281 ss. e la bibliografia ivi citata a pagg. 318 ss.

³¹ N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., 424 ss. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 32, parla dell'emersione di un modello "parallelo e alternativo al processo, sia civile che penale", ma si sofferma anche correttamente sulle critiche che possono essere rivolte al tentativo di introdurre a forza delle pratiche di mediazione tipiche delle società semplici in un sistema sociale ad elevata complessità, come quello occidentale.

³² G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 61.

³³ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 54 ss. Concordemente G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 33 ss.; R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1293; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, 2010, n. 2, 54; S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., 103.

³⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1990, 237. Cfr., poi, anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 3 ss. per un'analisi critica della visione abolizionista, delle sue premesse e delle sue conclusioni (le tesi che vogliono l'abolizione della pena muovono, secondo l'Autore, da premesse per le quali risulta incriticabile un fenomeno che conserva tutte le caratteristiche della pena ma che

giusta. Ogni conflitto ha infatti una natura intrinsecamente privatistica, nel senso che è di “proprietà” delle parti, le quali, espropriate della sua gestione, devono riappropriarsene: la composizione delle liti deve essere “de-istituzionalizzata” mediante il ricorso a modelli in prevalenza informali nei quali gli attori principali sono i soggetti coinvolti, come vittima ed autore del fatto³⁵.

Molto drasticamente, però, questa visione tende a rappresentare tutto ciò che è penalmente protetto come una sorta di creazione artificiale; liberarsi dal sistema penale significherebbe far mancare le condizioni materiali essenziali al prodursi della criminalità e liberarsi allo stesso tempo da ciò che impedisce alla società di trovare soluzioni ai propri problemi³⁶. Hulsman, in questa prospettiva, valuta negativamente l’esistenza di un potere centrale che possa definire ciò che è bene e ciò che è male, facendo derivare da tali decisioni conseguenze che si dicono pene, ma “che sono in realtà violenza, privazione della libertà, morte”³⁷. La concezione abolizionista in ambito penale, come emerge dai suoi scritti, si impone in quanto il sistema è “totalitario” perché lontano dalla realtà della gente; la vittima invece dovrebbe essere chiamata ad assu-

è privo di limiti e di garanzie: la minaccia da parte del più forte di difendere efficacemente le proprie pretese, limitando la libertà dei più deboli).

³⁵ N. CHRISTIE, *Conflicts as Property (1977)*, cit., 19 ss. (indicato, insieme a Louk Hulsman ed Henry Bianchi, tra gli abolizionisti penali anche da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 233 ss., che si sofferma criticamente sull’analisi di questo insieme di “teorie, di dottrine e di atteggiamenti etico-culturali”), contesta fermamente l’intervenuta espropriazione del conflitto da parte dello Stato e degli attori istituzionalizzati del processo, a danno sia della vittima che dell’autore del reato (*victim and offender*), delineando un nuovo modello di gestione delle liti (che presenta caratteri civili e penali insieme), incentrato sul confronto personale tra le parti, “proprietarie” del conflitto, e sul rispetto dei loro diritti. Vedi anche A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 990 e W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 216.

³⁶ Cfr. M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 546; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 54, nonché L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 1982, 121.

³⁷ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 73.

mersi alcune responsabilità, apportando un contributo necessario all'esistenza del gruppo³⁸.

Rispetto al movimento dell'abolizionismo radicale, che non riconosce giustificazione alcuna al diritto penale e ne auspica l'eliminazione³⁹, è bene precisare che la giustizia riparativa si dimostra da subito più eclettica e capace di adattarsi a contesti legislativi formalizzati, non proponendosi in generale di liberare i cittadini dal sistema penale nel suo complesso, ma, in alcuni casi, stimolando una "cultura del cambiamento complessivo della giustizia" o, più diffusamente, proponendo solo un nuovo modello o strumento tra scelte alternative⁴⁰. Del resto, come è stato puntualmente rilevato, anche le prospettive abolizioniste appaiono molto meno estreme quando nella definizione dei conflitti si finisce per fare ricorso, oltre che al mero risarcimento del danno, ai *punitive damages* o al *community service*. Di fatto, questi istituti assolvono ad una funzione punitiva: si tratta di una forma di diritto penale mascherato⁴¹.

³⁸ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, cit., 86 ss.; L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, cit., 71: "la prospettiva abolizionista si presenta come una necessità logica, una strada realistica, un'esigenza di equità". Per una riflessione sulle alternative alla giustizia criminale, con alcune esemplificazioni, L. HULSMAN, *Alternative alla giustizia criminale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 305 ss.

³⁹ Come precisa M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, cit., 527, chi condivide questa visione, ad esempio, non vede di buon grado una politica volta all'ampliamento delle misure alternative alla pena detentiva, ritenendola pericolosa, in quanto capace di rilegittimare il sistema penale stesso. Una notevole vicinanza con la critica abolizionista al diritto penale presenta il pensiero di chi vuole fare del risarcimento del danno l'unico fine della risposta punitiva al reato e si propone in alcune varianti di privatizzare il diritto penale, descritto come *Restitution* da F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 59 ss., che precisa come la prospettiva *restitutive* solo raramente contempra (nell'approccio del primo Burt Galaway, poi confluito tra i sostenitori della *restorative justice*) finalità ulteriori rispetto al semplice risarcimento del danno, valorizzando la riparazione come fattore responsabilizzante.

⁴⁰ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 131.

⁴¹ A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo". Visione di un sistema penale e processuale orientato all'uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1072.

Tali osservazioni non esauriscono certo il quadro delle riflessioni e degli studi che hanno variamente contribuito allo sviluppo della *restorative justice*, ma ne rappresentano concordemente il nucleo più importante, insieme all'indagine vittimologica, sulla quale ci soffermeremo approfonditamente più avanti⁴². Per dar conto della complessità dell'approccio, si può tuttavia ricordare che in alcuni studi ci si sofferma anche sull'influenza delle istanze di matrice cristiana per una visione maggiormente relazionale della giustizia, dell'etica femminista, che avrebbe valorizzato un modello più incline a pensare "in termini di cura e di relazioni"⁴³, e di quella sociologia del diritto, che ritiene la pena funzionale a mantenere intatta la coesione ed a rafforzare il consenso, nel quadro di una solidarietà sociale che nasce dalla condivisione di credenze e valori⁴⁴.

⁴² Tale fondamentale apporto è valorizzato anche da L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 618.

⁴³ Per entrambe queste riflessioni, ed un eventuale approfondimento, si rinvia a F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 64 ss. Sul tema delle influenze religiose, ed in particolare cristiane, con l'attenzione al pentimento, al perdono, ad "odiare il peccato e non il peccatore", a "non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facciano a te", ed a principi come la riconciliazione, la riparazione, la generosità cfr. E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Jus Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, cit., 3. Gli Autori mettono in luce l'interesse dimostrato per questi temi dal mondo cattolico, ricorrendo agli esempi dell'Università Cattolica di Leuven in Belgio e della Eastern Mennonite University, in Virginia, che si contraddistinguono proprio per l'ampiezza degli studi condotti. Non fu quindi un caso che il primo esperimento di mediazione venne condotto con il supporto dei mennoniti. Cfr. altresì P. ALLARD, W. NORTHEY, *Christianity: the Rediscovery of Restorative Justice*, in M.L. HADLEY (ed. by), *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, Albany, State University of New York Press, 2001, 119 ss. Come rileva L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 618, anche i testi di uno dei padri di questo nuovo modello di giustizia, Zehr, sono estremamente significativi, nel richiamo costante ai valori (cfr., come mero esempio, H. ZEHR, B. TOEWS, *Closing Reflections*, in ID. (ed. by), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, Criminal Justice Press, 2004, 403). Quanto all'etica femminista cfr. il contributo di M.K. HARRIS, *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice (1991)*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 31 ss.

⁴⁴ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 135; S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. FODDAI (a cura di),

Se il nucleo della *restorative justice* può apparire solido, è dissonante il contesto di riferimento. L'obiettivo principale di questo lavoro è allora quello di ricostruirne lo sviluppo e di individuare quali potrebbero essere le sue potenzialità rispetto ai sistemi di giustizia tradizionale, con particolare riferimento a quello italiano, nell'intento di elaborare una proposta di strumenti giuridici razionali progressivamente sempre più formalizzati, nel contesto del sistema penale⁴⁵.

Si tratta di un approccio al tema abbastanza recente.

Da quando questa concezione si è affacciata, con le sue sperimentazioni, sulla scena del dibattito giuridico, per la scienza penalistica si sono aperte due strade (tralasciando quella del radicale rifiuto per l'innovazione): una di tipo *nichilista*, più orientata al paradigma abolizionista, ed una di tipo *reformista*, "propugnante l'integrazione tra diritto penale e giustizia riparativa, secondo un modello direttamente orientato *sul conflitto*"⁴⁶.

Soprattutto in una prima fase, la giustizia riparativa era stata considerata come un paradigma del tutto nuovo, informale e soprattutto alternativo rispetto alla giustizia "ufficiale". A partire prevalentemente dagli anni Novanta, invece, si è preso atto "della impossibilità di salvaguar-

La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto, cit., 98. Per F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 68, molti sostenitori della *restorative justice* sembrano "far propria la sottolineatura comunitarista, per la quale la ricostruzione dei legami interpersonali e sociali costituisce il primo strumento di prevenzione e di lotta al crimine: di conseguenza, compito primario della giustizia sarebbe quello di favorire la ricomposizione del tessuto sociale sul quale il reato ha imposto la sua frattura".

⁴⁵ Cfr. sul punto le interessanti riflessioni svolte da F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 133 e 138, dove rileva una "grande distanza che separa, da una parte, il discorso e la retorica che persistono sulla mediazione e che animano i dibattiti e i convegni che la riguardano e, dall'altra parte, la pratica dei programmi di mediazione che sono stati inseriti nel contesto dei sistemi penali contemporanei". Vedi anche P. MARTUCCI, *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di "sperimentazioni"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1413 s.

⁴⁶ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, cit., 112 s.

dare la purezza dei modelli di riferimento⁴⁷ e le concezioni più radicali sono state riviste o affiancate da letture più moderate, anche a fronte di istanze sempre più diffuse di sicurezza e garanzia⁴⁸.

Buona parte dell'attenzione dottrinale si è spostata così verso istituti o pratiche che si collocano nella prospettiva della *restorative justice* e presentano profili di unicità rispetto alle forme del sistema tradizionale, ma che, allo stesso tempo, anche se non sempre agilmente, possono essere integrati in esso, contribuendo ad incrementarne la qualità e l'efficienza⁴⁹. Se si riesce ad andare oltre le mere apparenze, si può cogliere come tra il sistema della giustizia riparativa e quello punitivo esista un'affinità funzionale ed essi possano integrarsi, per consentire di offrire una risposta non violenta al reato⁵⁰.

Al di là delle aspirazioni ad uno “statuto di autonomia”, come è stato affermato, la stessa mediazione penale – una delle principali espressioni della *restorative justice* – “non può ignorare (se non a prezzo di

⁴⁷ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, cit., 9.

⁴⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 82, nt. 34. Molto interessante è, a tale riguardo, il contributo di K. DALY, *Restorative Justice. The Real Story*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 195 ss. *Contra*, però, con riferimento alla mediazione penale, cfr. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *JCP-La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 14, 2008, 21 ss.

⁴⁹ Vedi R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 16; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 632; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010, 248. T.F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999, 8, riconosce ormai come generalmente accettata l'opportunità di un'integrazione, per il bene della giustizia intesa in senso ampio. Ci soffermeremo comunque più avanti sulla contrapposizione tra opzione purista ed opzione massimalista di *restorative justice*.

⁵⁰ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 106 s.

una ipocrita finzione) di essere in qualche misura servente al processo penale⁵¹.

2. *La giustizia riparativa tra istanze di tutela della vittima e teorie della pena*

La dottrina che si occupa della giustizia riparativa coglie spesso una stretta connessione tra l'ampiezza del dibattito che la riguarda e la sempre più diffusa crisi del diritto della modernità, che confidava nel potere conoscitivo della scienza e nell'efficacia della tecnica, legittimando l'ideazione di una realtà sociale perfetta e di una puntuale convenzione sociale.

In una società "più egualitaria, più complessa e più frammentata"⁵², caratterizzata dalla contrattazione continua, dal pluralismo politico e sociale, nonché dall'evoluzione nelle relazioni tra gli individui, portatori di interessi e progetti che si affiancano a quelli dello Stato, secondo un modello diverso rispetto a quello concepito dal pensiero liberale⁵³, le risposte tradizionali al reato si sono rivelate insufficienti, così come è apparsa insufficiente la risposta alle istanze della società civile offerta

⁵¹ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune* (2001), in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 154.

⁵² F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 624. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 31.

⁵³ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, cit., 3 ss.; F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "limiting retributivism"*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, cit., 121 ss. Per una critica molto forte alla "regressione pre-moderna" del diritto penale L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 9 ss.

solo mediante un diritto sempre più invasivo, anche a causa della sua proliferazione⁵⁴.

La razionalizzazione operata, a partire dalla ragione illuministica, con l'assunzione della funzione disciplinare da parte del sistema penale, ha evidenziato i suoi limiti quale modo di governare la violenza che non produce più ordine sociale: il terreno operativo sul quale il mondo del diritto penale definisce la propria legittimazione “muta continuamente il proprio assetto”, assume una colorazione situazionale e diventa difficile “parlare di principi stabili e fondanti una filosofia della pena”⁵⁵. In presenza di una generale perdita di fiducia in un discorso descrittivo che sappia fedelmente e definitivamente “dire le cose come stanno”⁵⁶, il sistema giudiziario diviene sempre più un luogo deputato a dare un'attuazione solo contingente alle molteplici posizioni che si esprimono nella società⁵⁷.

Se però, come anticipato nel precedente paragrafo, in una prima fase della descritta crisi, una società civile sempre più delusa ma responsabilizzata ha favorito il germogliare di un modello riparativo-mediatorio di risoluzione di conflitti collocato “ai margini della penalità moderna”, nei “territori sociali progressivamente abbandonati dai sistemi formali di produzione di ordine”, in una seconda fase – ancora pienamente in

⁵⁴ G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit., 20; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 627; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 32.

⁵⁵ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 86 ss.

⁵⁶ P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, cit., 309.

⁵⁷ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 87 s. F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità*, cit., 162 s., parla di “postmodernità” come “diffusa risposta concettuale alla crisi del sistema progettuale della modernità, che ha assistito nel XX secolo allo scacco della maggior parte delle sue ideazioni in campo scientifico, politico e giuridico”. In campo filosofico si assiste ad un programmatico rifiuto di ogni progettualità e transituazionalità di cui era impregnata la mentalità moderna; il reale è infatti caratterizzato, secondo i postmoderni, da frammentazione e conflittualità e alla ragione è preclusa la possibilità di concepire verità assolute o razionali.

corso – il sistema legale ha cercato di reagire alla crisi tentando di riappropriarsi di quel modello informale cresciuto al suo esterno⁵⁸. “Alla dispersione, segue ora l’inclusione”⁵⁹. La differenza non è trascurabile, come testimoniano le molteplici difficoltà tecniche che incontra il sistema formale della giustizia, in tale percorso di arricchimento della propria “scatola degli attrezzi”⁶⁰.

A partire da una riflessione sul ruolo della vittima, centrale per lo sviluppo della *restorative justice*, proprio perché le prerogative riconosciute alla prima sono state progressivamente “elevate a fattore di consolidamento della legittimità morale dell’intervento penale”⁶¹, ci si soffermerà poi sul significato della pena per cercare di comprendere più profondamente alcune ragioni sottese alla dinamica descritta e, più in generale, se sia possibile inserire coerentemente nel sistema penale italiano alcuni istituti o processi riparativi che verranno analizzati nel prosieguo anche quali mezzi deflattivi e di rinuncia alla pena⁶².

⁵⁸ M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 290 ss. ID., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 9 ss. Egli riprende alcune osservazioni di J. FAGET, *La médiation pénale. Une dialectique de l’ordre et du désordre*, in *Déviante et Société*, 1993, 221 ss.; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, cit., 165. Per quanto riguarda la prima fase, cfr. anche A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 21 ss.

⁵⁹ M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 160.

⁶⁰ M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., 294, dove si sofferma anche sulle critiche rivolte contro l’istituzionalizzazione di alcune pratiche. La mediazione (pag. 296) “nel momento in cui viene “attratta” dal sistema della giustizia penale rischia di perdere in parte la sua virtù, in quanto il suo linguaggio alternativo viene irrimediabilmente incluso e omologato a quello del sistema della giustizia criminale”.

⁶¹ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1761.

⁶² Come evidenzia M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 160, la mediazione penale viene inclusa come risorsa utile per “l’implementazione di modalità ritenute deflative rispetto a quelle più proprie e tradizionali di gestione dei conflitti, cronicamente afflitte da disfunzionalità determinate da processi di crescita ipertrofica”.

Al fenomeno della *restorative justice* fa da sfondo, insieme al senso di impotenza delle vittime di reato, “anche la crisi di credibilità del sistema sanzionatorio classico”⁶³, sia sul piano dell’effettività della pena, sia sul piano della sua adeguatezza rispetto agli scopi che la legittimano. La giustizia riparativa rappresenta una delle novità politico-criminale più importanti degli ultimi lustri, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena⁶⁴ e quindi, nelle sue diverse manifestazioni, uno strumento di cui avvalersi “per spingere la pena all’auspicato ruolo di *extrema ratio* e riposizionare la vittima al centro dell’attenzione”⁶⁵.

2.1. Oblío e riscoperta della vittima nel sistema penale

2.1.1. La vittima: una nozione criminologica

Il concetto di vittima rimanda all’idea del sacrificio e della costrizione, ma esistono molteplici definizioni di tale termine, che presenta alcune ambiguità⁶⁶. Come è stato messo in luce dalla dottrina, esso rappresenta un cardine della discussione criminologica, ma il suo significato reale rimane confuso e di dubbia utilità⁶⁷, nonché “multiforme, frain-

⁶³ G. DARAIO, *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 358.

⁶⁴ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 1.

⁶⁵ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 345.

⁶⁶ Sull’etimologia oscura del termine, cfr. B. ZANOBIO, *La vittima nella storia*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 11 ss., nonché S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, Bononia Un. Press, 2008, 1 (il termine deriverebbe dal verbo latino *vincere*, nel senso di “sacrificare alla divinità”, oppure *vincere*, come “legare, avvincere”, perché la vittima veniva condotta legata al sacrificio), A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 967 e S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 10, che si riferisce all’incontro tra i due verbi latini *vincere* e *vincere*.

⁶⁷ E.A. FATTAH, *Criminology: Past, Present and Future*, Houndmills (and oth.), Macmillan, 1997, 148.

tendibile, malleabile, strumentalizzabile”⁶⁸. Negli ambiti più disparati, e tuttavia anche in quelli ufficiali, viene infatti utilizzato per evocare “genericamente chi subisca conseguenze negative, danni, lesioni, di natura materiale, fisica o psicologica”⁶⁹.

Così, la Risoluzione 40/34 del 29 novembre 1985 adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite e contenente la Dichiarazione dei “Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reato e di Abuso di Potere” ha per esempio descritto le vittime in termini molto ampi, come

persone che, singolarmente o collettivamente, hanno subito un danno, ivi compresa la violenza fisica o morale, la sofferenza emotiva, una perdita economica od un indebolimento sostanziale dei loro diritti fondamentali, come conseguenza di atti od omissioni che si configurano come violazioni della legge penale negli Stati Membri.

La nozione è estesa fino a comprendere le persone che appartengono alla famiglia, i parenti stretti, chi dipende dalla vittima diretta (dipendenti) ed in generale coloro che hanno subito un danno intervenendo nel tentativo di soccorrerla mentre era in pericolo o di evitare un’eventuale vittimizzazione⁷⁰.

⁶⁸ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, Wolters Kluwer, 2014, 1. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, Torri del vento, 2012, 56, parla di una nozione “particolarmente sfuggente”, anche se nel nostro ordinamento si identifica di regola con il “titolare dell’interesse specificamente tutelato dalla norma incriminatrice”.

⁶⁹ Così G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, 260. T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012, 100, parla di “persona che ha di fatto subito le conseguenze lesive del reato, considerata nella sua rilevanza ai fini della eziogenesi e della dinamica del reato”. Come illustra D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, 13, la terminologia è capace di allargarsi, nella sua flessibilità, fino a ricomprendere ogni categoria di essere umano che versi in stato di sofferenza.

⁷⁰ Il testo integrale, in inglese, può essere reperito sul sito ufficiale delle Nazioni Unite: <http://www.un.org/documents/resga.htm>. Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015, 82.

Nella Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001 sulla "posizione della vittima nel procedimento penale", essa, invece, viene identificata con

la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati *direttamente* da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro⁷¹,

secondo una nozione che è stata sostanzialmente riproposta nella Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che la sostituisce, salvo che per l'ampliamento della definizione di vittima anche al "familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di una persona"⁷².

A queste definizioni di matrice criminologica⁷³, incentrate principalmente sull'individuo, sulla persona⁷⁴, ma che consentono – seppur in misura diversa – notevoli aperture, si contrappongono, almeno nel nostro ordinamento, i termini utilizzati dal diritto penale e processuale penale tradizionale, che sono dotati di un'articolazione "più spiccata"⁷⁵.

⁷¹ Il testo, anche in lingua italiana, della Decisione quadro 2001/220/GAI può essere consultato all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001F0220:IT:NOT>. Cfr. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 44.

⁷² Il testo, anche in lingua italiana, della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GA, è reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2012:315:SOM:IT:HTML>. La definizione di vittima offerta dalla Direttiva, all'art. 2, è la seguente: "i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona".

⁷³ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 99.

⁷⁴ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 5.

⁷⁵ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 260. M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 115, sottolinea che nel codice di procedura penale non è stata data trasposizione alla definizione di vittima, offerta dalla citata Decisione quadro del 2001.

Il “soggetto passivo del reato (o persona offesa dal reato)”⁷⁶ è esclusivamente il titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata: una persona fisica, ma anche persona giuridica, un ente sprovvisto di personalità giuridica (sindacato), lo Stato per tutti i reati che offendono i suoi specifici interessi (delitti contro la personalità dello Stato) o, addirittura, una pluralità indifferenziata di persone, nei reati a soggetto passivo indeterminato (delitti contro la fede pubblica)⁷⁷. Il soggetto passivo va distinto dall’“oggetto materiale dell’azione”, persona o cosa su cui si esplica fisicamente la condotta dell’agente, e so-

⁷⁶ Se M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1993, 1001, parla semplicemente di una nozione più ampia di persona offesa, contenuta nel codice Vassalli rispetto a quella delineata nel codice Rocco, visto che la stessa posizione riconosciuta al titolare dell’interesse leso viene riservata ai prossimi congiunti della persona deceduta in conseguenza del reato (art. 90 c.p.p.) ed agli enti ed alle associazioni senza scopo di lucro cui la legge riconosce finalità di tutela degli interessi lesi dal reato (art. 91 c.p.p.), G. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 260, distingue in realtà la figura del soggetto passivo da quella della persona offesa, evidenziando che “nonostante la tendenziale coincidenza tra “persona offesa” e “soggetto passivo”, la prima assume una portata più ampia, come dimostrano ad esempio la disciplina della querela, che viene talora attribuita a soggetti che non sono titolari del bene giuridico offeso dal reato (v. art. 597 comma 3 c.p.), e la legittimazione dei c.d. enti esponenziali ossia degli enti e delle associazioni “senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono stati riconosciuti in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato” ad “esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato” (così l’art. 91 c.p.p.)”. P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., 293, individua la matrice linguistica originaria del termine “persona offesa” nel verbo latino *fendere*: l’offeso è “colui che ha subito un colpo inferto da un corpo contundente e che patisce in maniera diretta le conseguenze della condotta del suo aggressore”.

⁷⁷ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, 287 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Padova, Cedam, 2015, 225 s. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, 185: appare poco significativa, in questo contesto, la lettura che individua nello Stato una vittima o un soggetto passivo nella totalità dei reati, in quanto esso sarebbe titolare dell’interesse ad assicurare le condizioni della pacifica convivenza; una tale affermazione può sottolineare il carattere pubblicistico del diritto penale, ma – come affermano anche Fiandaca e Musco, nel loro manuale – essa non ha una grande rilevanza nell’applicazione delle norme penali. Cfr. sul punto A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 968; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 99.

prattutto dal “danneggiato dal reato”, soggetto che ha subito il danno civile ex art. 185 c. 2 c.p., patrimoniale o non patrimoniale, e quindi può essere legittimato nel nostro ordinamento ad esercitare l’azione risarcitoria sia nelle forme del processo civile, sia costituendosi parte civile nel processo penale, se ha riportato un danno eziologicamente riferibile all’azione od omissione del soggetto attivo del reato⁷⁸.

La contrapposizione non è così rigida in altri ordinamenti. In alcuni sistemi stranieri, infatti, si riscontra in modo chiaro una notevole incertezza nell’utilizzo dei termini analizzati: né a livello legislativo né a livello giurisprudenziale si distingue nettamente tra il titolare del bene giuridico ed il semplice danneggiato e si finisce per proporre ed utilizzare una nozione unitaria e molto ampia di “vittima”, più in linea con le indicazioni della già citata Risoluzione, della Decisione quadro e della più recente Direttiva⁷⁹.

⁷⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 185; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2015, 567 s.

⁷⁹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 124 s. descrive in questi termini l’ordinamento spagnolo. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 219, parla di “vittima” come “persona offesa”, ma poi si sofferma sulla costituzione di parte civile della stessa. Come chiarisce puntualmente D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999, 7 s. e 313 ss., con riferimento all’ordinamento tedesco, si trovano riferimenti al *Rechtsgutträger* (“offeso”), all’*Opfer* (“vittima”) ed al *Verletzter* (“offeso in senso processuale”, o, più precisamente “colui che è titolare di una pretesa azionabile in giudizio, generata dalla commissione di un reato”, anche se non necessariamente titolare del bene giuridico leso). Tuttavia, “le definizioni sono precarie ed i contenuti si intersecano, mescolando la matrice criminologica e quella strettamente penalistica e dando luogo a problemi di carattere sostanziale” (ad essere precisi le definizioni mancano, conformemente alla concezione tedesca secondo cui esse cristallizzano i concetti e precludono l’adeguamento della normativa all’evoluzione scientifica, cfr. pag. 312, nonché G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, 11). Nel dibattito sulla *Wiedergutmachung* si impiega il termine *Opfer* – dal tono più “drammatico”, come evidenzia L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 60 – in alternativa alla locuzione *Verletzter* (utilizzata nel Progetto Alternativo, su cui ci soffermeremo nel secondo capitolo), suscitando difficoltà interpretative (l’orientamento prevalente, comunque, riferisce il termine al titolare del bene giuridico leso o minacciato dal reato, cfr. pag. 327). A pagg. 53 s., l’Autrice si sofferma quindi sull’ordinamento francese, in cui la parte civile costituita (*victime* o *partie lésée*) agisce non tanto al fine di conseguire il risarcimento del danno di matrice

Un dato sembra importante. Come è stato chiarito dalla dottrina penalistica più sensibile ad una prospettiva interdisciplinare di “scienza penale integrata”, e come gli esempi stranieri ci ricordano, in questo ambito la ricerca di un dialogo tra scienze con campi di indagine affini è fondamentale. Dobbiamo considerare che, nel linguaggio criminologico, i reati posti a protezione di beni a largo raggio, difficilmente “afferrabili” o caratterizzati da una chiara anticipazione della tutela, incriminando atti che rappresentano solo il presupposto di una concreta aggressione ad un ben definito bene giuridico, sono reati tecnicamente “senza vittima” (in carne ed ossa)⁸⁰, “a vittima diluita”⁸¹ o “anonima”⁸². Ciò ha portato la criminologia stessa, anche sulla scorta di una certa influenza della vittimologia – su cui ci soffermeremo presto – a limitarsi innanzitutto allo studio dei crimini tradizionali ed a trascurare per lungo tempo fenomeni criminosi molto distruttivi per categorie sociali deboli ed esposte, che offendono entità collettive ed impersonali, e quindi senza identità⁸³, e che avrebbero invece potuto essere valorizzati per il tramite di una nuova e più ampia nozione di vittima⁸⁴.

civilistica ma per promuovere indirettamente l’azione penale. Come ben evidenzia D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2011, 49 ss., a dire il vero, nemmeno il nostro ordinamento è esente da imprecisioni in materia, se si considera che nell’art. 341-bis c.p. (oltraggio) la persona offesa viene identificata nella persona fisica che ha subito l’oltraggio, mentre il delitto appartiene al novero di quelli contro la p.a. (per cui il pubblico ufficiale potrebbe essere solo danneggiato dal reato).

⁸⁰ Utilizzano tale espressione anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 186.

⁸¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 216.

⁸² L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 61.

⁸³ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1770, precisa che “il delitto “esangue” – a meno che non si tratti di delitto contro beni collettivi di primario rilievo – lascia sostanzialmente invariata l’identità normativa dell’agglomerato sociale e non desta attenzione a livello sociale”. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 201, si sofferma, ad esempio, sul settore della criminalità economica e societaria.

⁸⁴ G. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 270 s.

Alla luce di un quadro così complesso, il presente studio, volto ad esaminare il significato e le ricadute di alcuni paradigmi riparativi di giustizia nel diritto penale, impone allora una precisazione preliminare. Il termine “vittima” verrà utilizzato per richiamare, di regola, la figura del soggetto passivo del reato/persona offesa e, solo dove precisato, quella del danneggiato dal reato che può costituirsi parte civile⁸⁵, come definite dalla scienza giuridica italiana.

Su di un piano diverso, poi, salve le indicazioni del caso, si dovrà comunque cogliere un riferimento privilegiato, implicito nell’utilizzo del termine “vittima”, proprio alla “figura umana della vittima” o alla “vittima individuale”, quale nozione criminologicamente consolidata, anche tenendo conto delle indicazioni contenute nel diritto dell’UE a partire soprattutto dalla Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea del 15 marzo 2001. Tali indicazioni, pur in assenza di una definizione condivisa, sono state confermate da una recente pronuncia

⁸⁵ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell’ordinamento italiano*, in *Indice pen.*, 1974, 19, parla, ad esempio, di “vittima” proprio con riferimento alle persone danneggiate. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, Milano, Giuffrè, 1993, 91, 203, invece, parrebbe riferirsi (salve precisazioni specifiche) al soggetto passivo del reato e così L. LANZA, *La tutela della vittima nel sistema penale italiano*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 28. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 126, ritiene che la vittima che può partecipare ad un accordo riparatorio, che risolve il conflitto giuridico-penale, deve essere la persona offesa e non il mero danneggiato. Solo per completare un quadro già complesso, si rileva che G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 48 ss., si riferisce alla vittima, in prima battuta, come alla titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ma, poi, amplia la definizione fino ad includere il danneggiato, almeno come vittima secondaria (chi è indirettamente danneggiato dal reato), mentre D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 303 rileva che il concetto di “vittima” e di “persona offesa” non appaiono coincidenti. Da ultimo, temporalmente, M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 1 ss., nel ricordare come il termine “vittima” sia comparso nel codice di procedura penale italiano (art. 498 c. 4-ter), a partire dal 1998, senza alcuna definizione, evidenzia come la nozione di persona offesa si avvicini maggiormente, quantomeno sul piano lessicale, al concetto comune di “vittima”, mentre D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, cit., 16 sottolinea come la vittima diventi oggetto dell’indagine scientifica del diritto penale sostanziale nel suo dichiarato e descritto collegamento con l’offesa, regola di costruzione del reato in applicazione del principio costituzionale di offensività.

della Corte di giustizia UE, chiamata ad esprimersi sull'interpretazione di tale atto, che ha escluso le persone giuridiche dalla nozione di vittima *ivi* proposta⁸⁶, e, poi, dalla Direttiva 2012/29/UE.

Le potenzialità di sviluppo della giustizia riparativa per le vittime collettive⁸⁷ esorbitano dall'oggetto della presente analisi.

2.1.2. *La progressiva riscoperta della vittima*

Il tema della tutela della vittima del reato, nell'ambito della dottrina penalistica sia sostanziale che processuale, è stato oggetto di una rivalutazione solo relativamente recente.

L'affermarsi di una visione marcatamente pubblicistica del diritto criminale e del monopolio da parte dei governi del sistema penale e della reazione al reato, a partire dal tardo medioevo ed in misura sem-

⁸⁶ Nella sentenza della Corte di giustizia UE (Seconda Sezione) del 21 ottobre 2010, relativa alla Causa C-205/09, procedimento penale a carico di Emil Eredics e Mária Vassné Sápi (Domanda di pronuncia pregiudiziale: Szombathelyi Városi Bíróság - Ungheria), vertente sull'interpretazione degli artt. 1, lett. a), e 10, n. 1, della Decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, si è affermato che tali articoli devono essere interpretati nel senso che, ai fini della promozione della mediazione nei procedimenti penali prevista dal citato art. 10, n. 1, la nozione di "vittima" non include le persone giuridiche. Più in generale, nella sentenza della Terza Sezione del 28 giugno 2007, relativa alla Causa C-467/05, procedimento penale a carico di Giovanni Dell'Orto (avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, con ordinanza 6 ottobre 2005, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre 2005) la Corte aveva già statuito che, tenuto conto del testo e dell'impianto sistematico della Decisione quadro, la nozione di "vittima", come definita all'art. 1 di quest'ultima, riguarda esclusivamente le persone fisiche. Una parte della dottrina rileva, in ogni caso, come permanga l'assenza di una definizione condivisa di "vittima", a livello europeo, perché nella Direttiva 2004/80/CE, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, ci si riferisce a "qualsiasi altra persona offesa dal reato", indirettamente offrendo quindi una definizione più ampia di quella contenuta nella Decisione quadro e nella Direttiva del 2012: S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 7.

⁸⁷ Cfr., sul punto, G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 19 s.

pre più netta nei secoli successivi, non si è riflessa negativamente, come descritto, soltanto su una concezione conciliativa della giustizia, ma anche, più in generale, sul ruolo della vittima, che è stato progressivamente neutralizzato. Nel diritto penale moderno lo Stato si è assunto monopolisticamente il compito di tutelare gli interessi di chi ha subito il reato, marginalizzando la vittima⁸⁸.

Alcuni autori hanno evidenziato come lo Stato liberale abbia sostanzialmente estromesso la figura della vittima privata soprattutto in concomitanza alla valorizzazione della tutela dei beni giuridici, di matrice pubblicistica e non invece a titolarità individuale⁸⁹, quale punto di riferimento della politica criminale e fondamento del diritto penale⁹⁰.

⁸⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 254. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Verlag C.H. Beck, 1981, 67 ss.; ID., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 216 ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 9; W. HASSEMER, F. MUÑOS CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, 29; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 345; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 16 s.

⁸⁹ Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 959. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 34, 44. Per una rilettura molto interessante della lesione del bene giuridico come "lesione del diritto umano sul bene" nella riscoperta di un diritto penale della vittima del reato cfr. il lavoro di D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, cit., *passim*.

⁹⁰ Secondo A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altro?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1063 ss., però, non sarebbero prive di significato nella prospettiva della marginalizzazione della persona offesa anche le riflessioni sviluppate in precedenza da alcuni importanti pensatori. Secondo Locke, ad esempio, la ragione, quale legge naturale, dominerebbe lo stato di natura così da vicino che i consociati sarebbero obbligati a non attentare alla vita, alla salute, alla libertà ed alla proprietà degli altri. Chi viola la legge naturale, alla quale si conforma il diritto positivo, commette, così, un delitto contro l'umanità e lo *ius puniendi*, di origine divina, viene legittimamente esercitato prima dai consociati e poi dalla società civile (cfr. J. LOCKE, *Trattato sul governo*, trad. ad opera di L. Formigari, Roma, Ed. Riuniti, 2002, 6 ss.). A parere di Eser, il ruolo della persona offesa dal reato, si prepara a divenire secondario, poiché il reato offende la comunità prima di una persona in particolare e non vi sarebbe quindi una differenza estrema tra tale prospettiva giusnaturalistica e quelle fondate sul contratto sociale in chiave marcatamente secolare (Rousseau e Beccaria) nella spiegazione delle ragioni della perdita di centralità della persona offesa nel diritto penale. Il pensiero di Hegel, che influenzò profondamente la riflessione dei penalisti, in particular

Il reato è stato concepito come “entità oggettiva ed astratta”⁹¹, mentre la vittima reale è stata emarginata quale interlocutrice perché lo Stato ha assunto il ruolo di “vittima simbolica”⁹² e si è sostituito alla prima, rivendicando il monopolio della coercizione nel compito di proteggere quei beni che, nel momento in cui “assurgono a tutela penale”, sono pubblicizzati⁹³. A questo proposito si parla efficacemente di tutela di “istituzioni della vita comunitaria”⁹⁴.

modo tedeschi, del secolo XIX, contribuì al consolidarsi di una concezione del reato come ribellione consapevole alla volontà generale e di un diritto penale posto a presidio di un determinato ordine giuridico-sociale, piuttosto che di diritti soggettivi, secondo l’insegnamento di Feuerbach e, prima ancora, di Kant (su Feuerbach si sofferma anche T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 s., rilevando che egli individua il referente materiale del reato nel diritto soggettivo). Con l’affermarsi della concezione del reato come offesa ai beni giuridici, non necessariamente soggettivi, e l’interpretazione del bene giuridico stesso come figura istituzionalizzata, avulsa dal soggetto leso, in particolare a partire da Binding, si è quindi compiuto il processo di definitiva perdita di centralità della vittima nel diritto penale. Eser coglie nella concezione di Binding (a partire dalla prima edizione dell’opera di K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, I, 187 ss.) un punto di partenza marcatamente non-individualista, in quanto quest’ultimo ritiene che i beni si trasformano in beni giuridici – che agli occhi del legislatore rilevano come condizione di vita della comunità giuridica – solo in quanto hanno valore sociale e nella misura in cui sono “sempre beni di tutela della collettività”. Franz von Liszt (F. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, III ed., Berlin, Verlag von F. Guttentag, 1888, 18 ss.), che ha fatto del bene giuridico – quale interesse preesistente alla valutazione del legislatore – il concetto centrale della sua teoria del reato, ha poi sviluppato un’ulteriore astrazione del concetto di bene giuridico attraverso la sua distinzione dall’oggetto naturalistico o materiale dell’aggressione. Secondo G. ROSSI, *La riparazione nell’ordinamento penale italiano*, in C. BRUTTI, R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 33 s., nel pensiero di Binding si cristallizza una rigida separazione tra diritto penale e civile; il conflitto è mediato dallo Stato. Così anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 6.

⁹¹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 135.

⁹² L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1785.

⁹³ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 80. D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 285, precisa che non si trattava di ledere una certa vittima di

Sfogliando le pagine del codice penale Zanardelli, del resto, un codice che rappresenta la principale espressione legislativa del pensiero della Scuola Classica italiana, emerge chiaramente la marginalità del soggetto passivo del reato e l'idea di una tutela penale "personalizzata". Sono infatti pochissime le fattispecie in cui le caratteristiche personali del soggetto passivo o le relazioni tra autore e vittima sono considerate elementi costitutivi del reato o circostanze aggravanti.

Tale marginalità è in gran parte confermata nel codice Rocco, anche se con più frequenti eccezioni, introdotte per accordare una tutela preventiva più intensa a persone vulnerabili, in ragione della loro età, del loro sesso e della loro debolezza psicofisica⁹⁵.

Sebbene spesso in modo autonomo rispetto alla discussione più generale che ha investito la nozione di bene giuridico e la sua preesistenza alle scelte del legislatore, nonché soprattutto la sua capacità di delimitazione dell'intervento penale⁹⁶, a partire dalla metà del secolo scorso e

reato, ma di violare l'ordine sociale e lo Stato esercitava l'azione penale a causa dell'interesse pubblico al ristabilimento dell'ordine giuridico.

⁹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 226. Come rileva S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 5, Scuola Classica e Scuola Positiva, in ambito nazionale, hanno manifestato solo superficialmente un atteggiamento tra loro diverso nei confronti della vittima, che è stata oggetto di maggior attenzione, nella seconda, solo strumentalmente alla lotta al delitto. Anche M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 13, sottolinea come l'attenzione verso le vittime, nella Scuola Positiva, sia mossa da istanze socialdifensive, dirette ad individuare mezzi preventivi del crimine.

⁹⁵ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 137 s.

⁹⁶ Cfr. sul punto, il quadro offerto da G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I vol., 290 ss. e, per una prospettiva più ampia, il contributo di W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss., nell'ambito di una riconsiderazione del "concetto critico del bene giuridico". Nel recente volume W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 144 ss., egli afferma però, pur difendendola come "stella polare", che "oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno": la concezione del bene giuridico avrebbe vissuto i suoi giorni migliori solo fino al momento in cui era diffusa l'impressione che il diritto penale dovesse essere tenuto a bada. Oggi "esso è piuttosto diventato un alleato nella lotta al crimine e ai rischi imprevedibili della modernità" e la

con maggior intensità negli anni Settanta, per quanto riguarda gli USA, ed Ottanta, per quanto riguarda l'Europa, si è assistito tuttavia ad un ritorno di attenzione per la vittima.

Si è cominciato ad avvertire che la sua rimozione dal diritto penale sostanziale e processuale, giustificata entro certi limiti per ragioni garantistiche e comunque per garantire il monopolio da parte dello Stato nell'amministrazione della giustizia⁹⁷, si era spinta troppo oltre, con conseguenze negative anche sul fronte della fiducia delle persone offese nelle istituzioni giudiziarie e quindi della loro disponibilità a collaborare con il sistema giustizia, ad ogni livello⁹⁸. Come è stato efficacemente affermato, "la vittima è "la grande dimenticata" nel problema penale"⁹⁹, sia nell'ottica tradizionale della deterrenza che in quella, di più recente emersione, della rieducazione/risocializzazione¹⁰⁰.

concezione del bene giuridico ha indossato le vesti della "pretesa di intervento preventivo-repressivo". Come evidenziato, poi, lucidamente, per quanto riguarda il contesto nazionale, da M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 70, con riferimento più specifico al modello costituzionale di illecito penale: "Proprio le promesse di una *capacità selettiva di tipo sostanziale*, di un vincolo costituzionale sulla politica dei beni giuridici, oltre che sulle tecniche di tutela, non essendo state adempiute in modo persuasivo dall'approccio costituzionalistico, sono state all'origine dell'*attuale crisi* in cui versano le concezioni costituzionali dell'illecito penale: perché *nessuna definizione sostanziale del reato* davvero persuasiva e ad un tempo cogente è possibile, atteso che la tutela di beni è formula generica e predicabile quasi di tutto, mentre la tutela di beni costituzionali è altrettanto ampia e generica, se vi si comprendono i beni di rilevanza costituzionale implicita, mentre è troppo ristretta, se riferita ai beni di rilevanza costituzionale espressa". Cfr. anche G. DE FRANCESCO, "Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela, in *Cass. pen.*, 2015, 854 ss.

⁹⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 233.

⁹⁸ M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990, 2 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 9; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 51; A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1081; D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 287; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 228; H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvoione*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 277.

⁹⁹ G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2001, 136.

¹⁰⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 54.

Nel quadro di questa rinnovata attenzione per la vittima, da una parte si è riflettuto sull'offesa di un'oggettività giuridica intesa sempre meno in termini pubblicistici come mera "violazione dell'ordine assiologico espresso dall'ordinamento giuridico"¹⁰¹ e sempre più, almeno parzialmente, in chiave individualistica e a misura d'uomo¹⁰²; dall'altra si è riscoperta progressivamente la necessità di riconoscere, all'interno del sistema penale, un ruolo importante all'interesse concreto della vittima, laddove esso esistesse, con ripercussioni significative sul piano della pena, che non deve essere solo un atto di autoaffermazione dello Stato, e, prima ancora, del processo¹⁰³. Se non si poteva prescindere dal riconoscimento al diritto penale, come fondamento e limite, di una funzione di tutela dei beni giuridici, non si potevano nemmeno disconoscere le necessità delle vittime concrete, in carne ed ossa, portatrici di un'esperienza tragica ed individuale: le due esigenze potevano e dovevano coesistere¹⁰⁴.

¹⁰¹ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 979.

¹⁰² A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1082-1083.

¹⁰³ Come afferma C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 542, occupandosi della riforma del sistema sanzionatorio: "Di questi bisogni di tutela delle vittime (reali e potenziali) della criminalità, per quanto (anche) irrazionali possano essere un legislatore razionale non può non farsi carico". Cfr. altresì A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo"*, cit., 1063 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 238; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 968; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 25. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 81, nt. 15, precisa come, a suo dire, la vittima dovrebbe comunque rimanere esclusa dalle teorie della pena di tipo classico, quelle autoritative e non dialogiche, ma andrebbe valorizzata come parte processuale oppure, "sul terreno sanzionatorio, nelle prassi della mediazione, che sono forme dialogiche di alternativa alla giustizia autoritaria del pensiero retributivo". M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996 descrive un triplice ordine di effetti prodotti dalla nuova sensibilità nei confronti della vittima: interventi statali a sua diretta salvaguardia e rafforzamento dei suoi poteri processuali, tentativo di modificare la prospettiva da cui viene tradizionalmente operata l'interpretazione della fattispecie e valorizzazione dello strumento risarcitorio nell'ambito del diritto penale. Per un approfondimento sul tema cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 65 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit.,

Questo ripensamento può essere effettivamente stato favorito, almeno sul piano politico, da un generale mutamento di paradigma nella percezione sociale del rischio di vittimizzazione, nell'ambito dello Stato contemporaneo, dovuto allo sviluppo tecnologico ed alla moltiplicazione delle fonti di pericolo¹⁰⁵. Un ruolo fondamentale è stato svolto tuttavia soprattutto dalla vittimologia¹⁰⁶, fin dalle riflessioni di quello che viene considerato uno dei suoi fondatori¹⁰⁷, Hans v. Hentig, il qua-

137; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1764. Per il reato come offesa ad un bene giuridico, avendo riguardo alla giustificazione del diritto penale, vedi anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 14 ss. G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 129 ha precisato che non è corretto confondere la natura pubblica del diritto penale con la natura pubblica dei beni giuridici tutelati. Alcuni di questi, ad esempio, possono avere una natura privatistica o almeno prevalentemente privatistica, ma essere tutelati penalmente da alcuni attacchi poiché ciò è importante per la convivenza, in quanto attiene “a regole essenziali per la fiducia in un modello di funzionamento sociale”. Estremamente chiara è sul punto la distinzione operata da F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 195 ss., che, pur riflettendo sull'istituto della querela, delimita l'area dei delitti offensivi di interessi privati sulla scorta di un parametro desunto dall'ordinamento positivo: la disponibilità del bene tutelato che il legislatore riconosce al privato nel momento in cui attribuisce al suo consenso un'efficacia scriminante.

¹⁰⁵ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 961 ss., dove si sofferma sulla problematicità di una sovraesposizione politica della vittima. M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 12 s., invece, ricorda l'opinione di chi ravvisa un fondamentale fattore di ripensamento nella vittimizzazione di massa, verificatasi nel corso dei due conflitti mondiali.

¹⁰⁶ Il termine “vittimologia” è stato utilizzato per la prima volta da F. WERTHAM, *The Show of Violence*, New York, Greenwood Press, Publishers, 1948, 259; “The murder victim is the forgotten man. What with sensational discussions on the abnormal psychology of the murderer, we have failed to emphasize the unprotectedness of the victim and the complacency of the authorities. One cannot understand the psychology of the murderer if one does not understand the sociology of his victim. What we need is a science of *victimology*”. Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 32 ss. Cfr., altresì, per l'influenza della vittimologia sulla scienza penale, con riferimento, ad esempio, al tema del risarcimento del danno: A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica dir.*, 2001, 382.

¹⁰⁷ Sui contributi di Wertham, von Hentig e Mendelsohn alla nascita della vittimologia cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 14 ss.

le, criticando l'unilaterale concentrazione degli studi criminologici sulla figura del reo, ha colto nella vittima un attore essenziale della situazione penalmente rilevante e si è soffermato sul suo ruolo nella genesi, nella dinamica del reato e nella "ricostruzione del fenomeno criminoso"¹⁰⁸ e sulle relazioni tra i soggetti coinvolti, in funzione dichiaratamente preventiva, a tutela di coloro che hanno una maggior probabilità di subire i reati¹⁰⁹.

Le ricerche empiriche sulla vittima si sono moltiplicate, tratteggiando le prime tipologie vittimologiche, ma gli stessi vittimologi hanno sentito presto la necessità di chiarire come gli intenti della loro disciplina non fossero quelli di criminalizzare la vittima "ma piuttosto quelli di migliorare le prognosi vittimologiche per ripensare in termini di politica criminale – e nell'ottica della vittima – la prevenzione della criminalità"¹¹⁰. Di fronte alla rilevazione della stretta interdipendenza esistente tra il rischio di vittimizzazione e la qualità o condotta dei soggetti offesi e tra il realizzarsi del reato ed il rapporto tra agente e vittima, si poteva rischiare infatti di legittimare la conclusione per la quale la vittima stessa era da considerarsi causa del reato.

Oltre a rispondere alle richieste sempre più forti di sicurezza provenienti dai cittadini, la riflessione vittimologica – scienza che aspira a rendersi autonoma, secondo taluni, o invece semplice ramo della criminologia, secondo altri¹¹¹ – si è rivolta a valorizzare le istanze e le soffe-

¹⁰⁸ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996. Cfr., altresì, il lavoro di J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, in *Archivio pen.*, 1988, 663 ss.

¹⁰⁹ Cfr. H.V. HENTIG, *The Criminal & His Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948, 383 ss. La sua opera viene riconosciuta come la prima che ha contribuito allo sviluppo della vittimologia, aprendo le porte ad una produzione dottrinale vastissima. Cfr. altresì l'analisi di M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica*, cit., 8 ss.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 53 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 229 ss.

¹¹⁰ M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica*, cit., 20.

¹¹¹ Cfr. sul punto G. GULOTTA, *La vittima*, Milano, Giuffrè, 1976, 9, che descrive la vittimologia come "disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima del crimine, della sua personalità, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine. Secondo alcuni questa disciplina sarebbe autonoma rispetto alla criminologia,

renze subite dalle vittime in conseguenza del reato e del processo necessario ad accertarlo (vittimizzazione secondaria, legata agli atteggiamenti negativi delle agenzie del controllo formale)¹¹², preoccupandosi anche della riparazione dei pregiudizi.

Essa, così, non ha solo ampliato il campo degli studi e delle conoscenze scientifiche riscoprendo una figura per troppo tempo dimenticata, ma ha anche contribuito a superare le letture criminologiche più tradizionali che contrapponevano sistematicamente ed in modo rigido il ruolo del delinquente e della vittima, per una “visione dinamica ed interattiva del crimine”¹¹³, in relazione alla quale proprio pratiche di giustizia riparativa come la mediazione penale possono costituire una grande potenzialità.

È indispensabile ricordare altresì come la nuova sensibilità alle acquisizioni della vittimologia abbia inciso, con esiti opposti ma prevedibili, sulla prospettiva (soggetto attivo e bene giuridico tutelato) da cui è stata tradizionalmente operata l'interpretazione delle fattispecie che presuppongono una particolare relazione agente/vittima¹¹⁴. La persona offesa, componente essenziale del fenomeno criminale anche se scoper-

secondo altri non è che un ramo di quest'ultima”. A pag. 14 egli propende per la seconda opzione: “Anche a me francamente non sembra opportuno polverizzare le discipline. La vittimologia, per gran parte, è un aspetto dello studio della criminologia e pone l'accento soprattutto sulla persona che soffre in modo diretto dell'attività criminosa”. Cfr., altresì, R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, cit., 1293; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 31; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 6; nonché ampiamente, M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimodomatica*, cit., 2.

¹¹² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 54; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 53; G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, cit., 17. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 269, la definisce come “il complesso di effetti pregiudizievoli prodotti sulla vittima dallo stesso controllo sociale formale”.

¹¹³ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 273.

¹¹⁴ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996. L'esempio tipico è quello della truffa. Cfr. altresì J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato?*, cit., 665 ss., che distingue tra delitti di relazione e delitti di intervento e si sofferma sulle misure di autotutela che sarebbero richieste.

ta tardi dagli stessi criminologi¹¹⁵, progressivamente, proprio sulla scorta dei dati elaborati dagli studi citati, non è stata più considerata come un soggetto meramente passivo o debole e l'approfondimento del suo contributo alla genesi del reato ha favorito una lettura di quello criminale come di "un fenomeno dinamico, come interrelazione complessa tra due soggetti"¹¹⁶, con effetti responsabilizzanti, in concreto, per chi ha subito un reato e di limitazione di responsabilità per l'aggressore. La "vittimo-dommatica"¹¹⁷, affermata soprattutto in Germania a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, si è ritagliata, sulla scorta delle descritte influenze e naturalmente non senza incertezze¹¹⁸, uno spazio nuovo negli studi dogmatici ed ha sollecitato molteplici interrogativi sul ruolo della vittima nella costruzione delle fattispecie e nella loro interpretazione¹¹⁹. Dalle prime timide proposte di considerare la condotta

¹¹⁵ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 252 ss. coglie negli orientamenti oggi tacciati per aver trascurato una così essenziale componente del fenomeno criminale una serie di spiragli teorici che avrebbero preparato la scoperta della vittima: i positivisti ad esempio avrebbero già spostato qualche risorsa di attenzione verso le conseguenze prodotte dal fatto criminoso nel mondo reale e la criminologia critica avrebbe riconosciuto una grande importanza alle disuguaglianze ed ai perdenti nel conflitto per il predominio sociale, contribuendo all'affiorare del carico di sofferenze che fa da sfondo alla vicenda criminale.

¹¹⁶ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 7 (cfr., altresì, le riflessioni successive).

¹¹⁷ Come chiarisce M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica*, cit., 4, la locuzione fa riferimento a quella corrente di pensiero che, prendendo le mosse dalla prospettiva appena delineata, "ha affermato la necessità di ridurre teleologicamente la sfera di efficacia di alcune disposizioni penali". Si rinvia ampiamente a tale lavoro per l'analisi critica delle premesse, dei fondamenti teorici e dei principali studi in materia. Cfr. altresì S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 9.

¹¹⁸ Per una critica alle tesi vittimo-dommatiche cfr. M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1005, nonché ampiamente ID., *Profili critici della vittimo-dommatica*, cit., 237 ss.

¹¹⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 272. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 76 ss., ad esempio, mette in guardia (pagg. 82-83) dal rischio di imporre in capo alla vittima dei pesanti doveri di auto-protezione del bene, la cui violazione può riflettersi negativamente sull'imputazione del fatto all'autore e produrre un effetto contrario rispetto ad una rivalutazione della vittima. Così, egli ritiene che non è necessario e nemmeno opportuno riconoscere alla vittima uno spazio all'interno della nozione di bene giuridico, ma è sufficiente valorizzarne le esigenze ed i

della vittima nell'ambito della commisurazione della pena, si è giunti a ritenere “la stessa non configurabilità della fattispecie astratta qualora risulti che la vittima, con i mezzi a propria disposizione, avrebbe potuto evitare la realizzazione del fatto lesivo”¹²⁰.

Gli studi sulla vittima che, pur prendendo le mosse da premesse comuni, sottendono prospettive non sempre univoche¹²¹, hanno dato impulso a nuovi obiettivi politico-criminali da perseguire¹²².

La già citata Risoluzione delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985¹²³, la Raccomandazione concernente l'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione, adottata nel 1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Racc. No. R (87)21 del 17/09/1987)¹²⁴,

diritti *ex post* rispetto al reato. Per una riflessione critica sul punto cfr. anche A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 42 s., il quale precisa che è l'autodifesa della vittima a dover essere sussidiaria rispetto alla difesa pubblica, e non viceversa. Come rileva però W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 110, si può arrivare a rinunciare alla tutela penale quando si può pretendere che la vittima stessa possa attuare la tutela del proprio bene giuridico.

¹²⁰ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1002. Cfr. ID., *Profili critici della vittimodomatica*, cit., 30 ss. per un'analisi approfondita degli itinerari percorsi dalla dottrina per giungere a queste conclusioni. Come rileva l'Autrice (pagg. 63 ss.), a tale risultato giungono i “vittimo-domatici” attraverso interpretazioni teleologiche o, addirittura, riduzioni teleologiche della fattispecie. Cfr. altresì J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato?*, cit., 665 ss. Egli (pag. 669) parla di un dovere di autotutela, la cui infrazione determinerebbe il mancato riconoscimento della tutela penale.

¹²¹ Come precisa M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1002; ID., *Profili critici della vittimodomatica*, cit., 7, se i dati raccolti dai vittimologi sono funzionali a sollecitare il sistema ad interventi che operino “dalla parte della vittima”, l'impostazione della vittimodomatica si pone “dalla parte dell'agente”. In ID., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 107, l'Autrice parla di “ambiguità che la valorizzazione della figura della vittima ha portato con sé fin dalle fasi iniziali”.

¹²² M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

¹²³ M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 24.

¹²⁴ Con tale Raccomandazione, richiamandosi alle problematiche concernenti la vittimizzazione, veniva ritenuta indispensabile l'adozione, negli Stati Membri, di misure di assistenza e sostegno rivolte alle vittime di reato. Il testo può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: <http://www.coe.int/t/cm/adopted>

e la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001, che ha imposto agli Stati membri di assicurare alle vittime nel proprio sistema giudiziario penale “un ruolo effettivo e appropriato” (art. 2), seguita, con una disciplina molto articolata, dalla Direttiva del 25 ottobre 2012, possono considerarsi almeno alcuni esempi delle affermazioni internazionali conseguite dai movimenti per i diritti delle vittime, che hanno promosso un'approfondita riflessione, svelando una realtà complessa di sofferenza e di disagio¹²⁵.

In tale peculiare contesto, non senza ambiguità, alla tutela della vittima si richiamano insistenti spinte di revisione del quadro legislativo esistente, anche nazionale¹²⁶.

Da un lato, non si possono dimenticare le politiche penali aggressive, che valorizzano pubblicamente proprio la posizione della vittima come catalizzatore di consenso elettorale e sono rivolte a proteggere la “sicurezza pubblica nella sua accezione più ampia”¹²⁷, spesso in spregio dei “limiti garantistici fondamentali di matrice liberale”¹²⁸. Nella persona offesa, soggetto debole, i cittadini si identificano con facilità, e lo Stato, di fronte al “fallimento delle proprie politiche criminali di tutela della collettività”¹²⁹, non cessa di incrementare strumentalmente la se-

Texts_en.asp#P46_2532. Cfr. altresì S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 92.

¹²⁵ Sui “movimenti a favore delle vittime” cfr. le riflessioni di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 56 ss.

¹²⁶ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., 70, nonché G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 255.

¹²⁷ G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 100.

¹²⁸ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 195. Per una riflessione sul tema cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 79 ss.

¹²⁹ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1761, 1772: l'Autore evidenzia come l'adozione di *victim impact statements* divenga frequentemente uno “stratagemma” per incrementare la severità dell'intervento penale. È l'idea costituzionale di una risposta penale proporzionata alla colpevolezza che può rappresentare un baluardo di difesa contro derive irrazionalistiche a cui potrebbe portare un sistema penale completamente vittimocentrico (M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 42).

verità dell'intervento penale nella ricerca di una nuova legittimazione. Benché le scelte politico-criminali del legislatore nazionale, assunte sull'onda di situazioni emergenziali, rimangano spesso slegate da un disegno coerente, "con malinconico disincanto" non possiamo non riconoscere che anche gli usi impulsivamente populistici della legislazione penale sono un prodotto della democrazia¹³⁰.

Dall'altro lato, però, si possono comprendere le richieste di riaffermazione del carattere interpersonale del conflitto che si esprimono nella proposizione di strumenti di composizione delle liti e di riparazione del danno alternativi¹³¹, non esautoranti i diretti interessati, ma capaci di coinvolgerli attivamente¹³², ascoltandoli ed eventualmente invitando gli autori dei fatti di reato ad assumersi la responsabilità per i danni arrecati con le loro condotte e per le sofferenze causate¹³³:

nascono i primi paradigmi direttamente orientati *sul conflitto*, atti a valorizzare il *processo conciliativo* come *strumento alternativo* (o quanto

¹³⁰ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 653.

¹³¹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 195. Per una riflessione sul tema cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 79 ss.

¹³² Come afferma G. BROWNE, *Why Victims' Voices Matter in Criminal Justice Policy and Reform*, in T. GAVRIELIDES (ed. by), *A Victim-led Criminal Justice System: Addressing the Paradox*, London, IARS, 2014, 15: "A restorative intervention [...] requires both the offender's and the victim's co-operation".

¹³³ R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, cit., 1295; A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo"*, cit., 1067 s.; J.A. WEMMERS, K. CYR, *Les besoins des victimes dans un processus de médiation*, Montréal, Université de Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, 2004, *passim*; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 216 ("il nostro diritto penale attuale non espropria la vittima, ma le offre una serie di possibilità di comporre essa stessa il conflitto con il "suo" reo, o perlomeno di elaborarlo"). Come rileva M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica*, cit., 29, questa tendenza potrebbe essere legittimata anche da un principio tipico della vittimo-dommatica: la convinzione che lo Stato debba astenersi da ogni intervento penale che possa usurpare un compito di spettanza del singolo, nella gestione del suo quotidiano.

meno *sinergico*) di rielaborazione dei conflitti tradizionalmente selezionati attraverso i *tipi* penalistici¹³⁴.

Viene progressivamente ad essere incrinato il principio per il quale l'interesse concreto dello Stato deve essere interamente inglobato in quello astratto della generalità dei consociati e per il quale la condanna e la pena valgono “a restaurare l'ordine giuridico e con esso a riparare la lesione subita dalla persona offesa”¹³⁵.

Guardando ad un modello di giustizia penale dialettica ed orientata alla vittima, reale e non potenziale¹³⁶ – che la *restorative justice*, come vedremo, in qualche misura propone –, si sono cercate alcune risposte a tali nuove esigenze, che non mancano di riflettersi sul piano del processo, tradizionalmente polarizzato solo sulla posizione del reo e sulle sue istanze individual-garantistiche¹³⁷.

2.1.3. La vittima nel procedimento penale

Le considerazioni svolte in merito alla concezione del reato si sono riflesse coerentemente sul piano formale, dove la vittima ha iniziato a reclamare uno spazio più significativo per i propri diritti¹³⁸.

La dottrina ha sottolineato che il “controllo dell'irrazionalità della vittima dentro al processo penale rimane un tratto saliente della penalità contemporanea”¹³⁹. Se questo elemento deve essere un punto fermo insieme all'affermazione per la quale in forza del principio di presun-

¹³⁴ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 112.

¹³⁵ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1763.

¹³⁶ Per una riflessione sulla distinzione cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 64 ss.

¹³⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 58 s. Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1015 s.; M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica*, cit., 24 ss.; M.S. UMBREIT, A. WARNER ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 63 ss.

¹³⁸ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 110; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1769.

¹³⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 81.

zione di non colpevolezza, fino al momento del verdetto, vi è solo un “indiziato di reità” ed una “presunta persona offesa”¹⁴⁰; e se è allo stesso tempo comprensibile che, di fronte a strumenti d’indagine estremamente incisivi, siano aumentate le necessità di garanzia di tutela dell’indagato o dell’imputato contro i possibili abusi da parte degli organi statali, meno giustificato appare a molti che la vittima sia stata sostanzialmente esclusa – “neutralizzata”¹⁴¹ – sia dal tradizionale sistema inquisitorio che da quello accusatorio¹⁴².

Il modello di giustizia penale di ascendenza illuministica, riprodotto anche nel nostro ordinamento sulla scia del *Code Napoléon*, ha una “struttura essenzialmente dicotomica”, ancora mantenuta nella riforma processuale in senso più accusatorio del 1988¹⁴³.

Rispetto alla disciplina del 1930, fondata su di una concezione inquisitoria per la quale solo all’autorità giudiziaria spettava la titolarità del potere istruttorio e le parti private potevano esclusivamente sollecitare le iniziative dell’autorità pubblica, il codice Vassalli è caratterizzato da un’indubbia evoluzione: la persona offesa – alla quale è dedicato un intero titolo del codice di rito (titolo VI del Libro I) – ha visto riconosciuta una propria autonomia concettuale ed alcune prerogative processuali indipendentemente dalla costituzione di parte civile. La sua posizione processuale è rimasta tuttavia marginale¹⁴⁴.

Essa, ad esempio, se può nominarsi un difensore (art. 101 c.p.p.) o presentare memorie ed indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento, interloquendo direttamente con il pubblico ministero

¹⁴⁰ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 292.

¹⁴¹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 53.

¹⁴² A. ESER, *Giustizia penale “a misura d’uomo”*, cit., 1071 s. D. RIPONTI, *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 56, parla di “partita a due” fra lo Stato ed il reo.

¹⁴³ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 970.

¹⁴⁴ P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., parla della persona offesa come di un elemento accessorio e trascurabile nella prassi processuale. Cfr. anche L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 39; G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, cit., 99; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 15 s.

ed il giudice (art. 90 c. 1 c.p.p.), non è tecnicamente una parte processuale, se non si costituisce esercitando l'azione civile in sede penale¹⁴⁵. La persona offesa rappresenta un “mero soggetto”¹⁴⁶. Nella fase delle indagini preliminari, poi, la parte civile non compare e la posizione dell'offeso è peculiare, essendo disciplinati solo i diritti e le facoltà esercitabili in via sussidiaria rispetto all'operato della pubblica accusa, come controllo od impulso in ordine ai tempi di svolgimento delle indagini ed al mancato esercizio dell'azione penale¹⁴⁷. Anche se la riforma introdotta con la legge 397/2000 sulle investigazioni difensive ha tentato di riequilibrare i ruoli tra accusa e difesa, sia dell'autore del reato che della vittima, e le modifiche apportate nel 2015 e nel 2017, con il d.lgs. 212/2015 e con la legge 103/2017, hanno incrementato i diritti di informazione delle persone offese (artt. 90-*bis*, 90-*ter* e 335 c.p.p.), più in generale, nell'intero procedimento, le posizioni della persona offesa e della parte civile vengono frequentemente sacrificate alle ragioni utilitaristiche dell'economia processuale.

Si pensi ad alcuni riti speciali, ai quali sono del tutto estranee le finalità di soddisfazione degli interessi della vittima e che costringono quest'ultima troppo spesso a ricorrere ad una tutela civilistica poco efficiente¹⁴⁸, come l'applicazione della pena su richiesta delle parti. Nella

¹⁴⁵ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 117; E. APRILE, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1722 ss.; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 52, parla di “diritti soggettivi della vittima, tanto nel campo sostanziale, quanto nel campo processuale”. Cfr., altresì, le osservazioni di P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., 296 ss., che si sofferma ampiamente sulla scomparsa della persona offesa dal processo penale, come funzionale ad una operazione di rimozione della realtà dal processo penale.

¹⁴⁶ G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, cit., 103.

¹⁴⁷ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1001 s. La situazione non è sostanzialmente mutata neppure a seguito delle riforme introdotte con il d.lgs. 212/2015 e con la legge 103/2017, che pur hanno riconosciuto alla persona offesa inediti diritti di informazione ed un termine più dilatato per l'opposizione all'archiviazione.

¹⁴⁸ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 542; G. PONTI, *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, in ID. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 6. Come evidenzia G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.,

fase immediatamente successiva all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, è stato rilevato come le parti civili, che si erano attivate, si trovassero improvvisamente costrette ad abbandonare il giudizio, di fronte ad un patteggiamento, per concentrare le loro forze sui vari gradi di un giudizio civile in crisi¹⁴⁹. Più rispettosi delle prerogative della vittima appaiono unicamente il procedimento per decreto e, come vedremo, almeno per alcuni profili, la sospensione del procedimento con messa alla prova, introdotta dalla legge 67/2014, che costituisce al tempo stesso una nuova causa di estinzione del reato ed un nuovo rito speciale¹⁵⁰.

Sebbene oggi si assista, grazie agli impulsi sovranazionali, a sempre maggiori forme di tutela per la vittima cui è riconosciuto un particolare stato di vulnerabilità, che le consentono di prendere parte al processo limitando le conseguenze negative derivanti da una sua testimonianza¹⁵¹, la persona offesa comune, per il ruolo determinante che riveste a

74, con riferimento ai riti speciali, rimane ancora aperto anche il problema relativo alla compatibilità degli sconti di pena ad essi connessi con le “funzioni di prevenzione generale e speciale tecnicamente assegnabili alla sanzione penale”.

¹⁴⁹ F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, 31 ss.

¹⁵⁰ G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, 105.

¹⁵¹ Basti ricordare il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha dato attuazione alla Direttiva 2012/29/UE in tema di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato ed ha introdotto l'art. 90-*quater* c.p.p.: “Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato”. Per citare solo alcuni diritti, in presenza di tali vittime è oggi consentita in ogni caso la riproduzione audiovisiva delle loro dichiarazioni (art. 134 c.p.p.), l'esame va limitato ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., nell'assunzione di sommarie informazioni la polizia giudiziaria deve avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia (art. 362 c.p.p.) e l'audizione della persona offesa, su richiesta di quest'ultima o del suo difensore, deve avvenire in modalità protetta (art. 498 c.p.p.).

fini probatori, può essere duramente sollecitata dalle diverse parti processuali nella ricerca della verità¹⁵², con la conseguenza di trovarsi in una situazione molto disagiata, che può determinare malcontento, frustrazione, nuova sofferenza¹⁵³.

Una particolare forma di comunicazione si instaura quindi solo con l'autorità. La persona offesa non ha invece molte occasioni di dialogo con l'autore di reato durante il processo¹⁵⁴, neppure se lo cerca.

Non stupisce così che in contesti sempre più ampi, nel valorizzare una maggior partecipazione della vittima, si sia diffuso un progressivo rifiuto verso un giudizio "calato dall'alto" e si sia levata, insieme ad una legittima istanza di riparazione del danno, una richiesta forte di scambio dialogico, con l'invocazione di sempre maggiori diritti di informazione, di accesso e di partecipazione al procedimento¹⁵⁵ e, anche al di fuori di un contesto strettamente processuale o all'interno di specifiche parentesi di esso, del massimo riconoscimento delle possibilità di codefinizione del conflitto¹⁵⁶, funzionali ad una nuova democratizzazione della giustizia penale. E ciò, in particolare, in occasione di reati che ledono in via preminente gli interessi dei privati¹⁵⁷.

¹⁵² Come rileva G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, cit., 104, la giurisprudenza tende a richiedere un vaglio più penetrante e rigoroso ove la vittima si sia costituita parte civile e sia perciò portatrice di pretese economiche.

¹⁵³ Cfr. S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 92; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 269.

¹⁵⁴ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 289.

¹⁵⁵ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1769: tali diritti, come vedremo, trovano ormai consacrazione anche a livello europeo.

¹⁵⁶ A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo"*, cit., 1078; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 60; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1785 ss. Cfr. anche M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 27.

¹⁵⁷ Cfr. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 159.

2.2. Modello riparativo e teorie della pena

Il modello riparativo di giustizia penale è stato contrapposto anche in Italia, da una parte della dottrina criminologica, a quello retributivo ed a quello riabilitativo¹⁵⁸.

Tale netta cesura non appare tuttavia necessaria. Come è stato precisato, gli strumenti della giustizia riparativa sono stati utilizzati in diversi contesti che nel complesso sono rimasti ancorati ai propri originari presupposti retributivi e/o riabilitativi¹⁵⁹.

Più fertile appare così una riflessione¹⁶⁰ che cerchi innanzitutto di dialogare con le teorie fondanti la retribuzione e la prevenzione¹⁶¹, dal momento che svolgono un ruolo determinante le questioni attinenti alle funzioni della pena¹⁶².

¹⁵⁸ M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, cit., 291; C. BRUTTI, R. BRUTTI, *Sul testo di Giovanni Rossi*, in ID. (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, cit., 68; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 150 ss.

¹⁵⁹ S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., 103 ss.; F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 134.

¹⁶⁰ Va peraltro tenuto fermo, come rileva M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1167, che il momento afflittivo può essere diversamente "strumentalizzato" con il mutare delle più generali concezioni della società e dello Stato, perché "la spiegazione della pena è fondamentalmente politica".

¹⁶¹ Come rileva Roxin, bisogna tuttavia astenersi da un'analisi superficiale dei tradizionali fini della pena, tenendo conto del ruolo della vittima nel sistema penale: C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8 s.

¹⁶² Vista la generale tendenza dei diversi autori analizzati a sovrapporre i piani, utilizzeremo in questo contesto, così come nell'uso più comune, i termini "funzione" e "scopo" in modo equivalente – salve eventuali ulteriori distinzioni che sono state operate in dottrina – riferendoci alle "teorie della pena", fin dal titolo, come comprensive anche di eventuali "dottrine di giustificazione". Per un'articolata distinzione tra teorie e spiegazioni (risposte alle questioni sulle motivazioni giuridiche delle pene e a quelle sulle funzioni da queste di fatto svolte)/dottrine assiologiche o di giustificazione (risposte alle questioni etico-filosofiche sullo scopo che il diritto penale e le pene devono o dovrebbero perseguire) si rinvia invece a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 314 ss. Cfr., per un'analisi critica delle diverse funzioni della pena, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 57 ss., nonché F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 6 ss. Egli (pag. 54), riprendendo la distinzione teorizzata da Ferrajoli, distingue il problema della giustificazione della pe-

Se la pena viene descritta unicamente come “imperativo categorico autolegittimantesi”, di matrice kantiana¹⁶³, la valorizzazione di scopi e momenti riparatori o compensatori si pone in contrasto con la sua pretesa di assolutezza¹⁶⁴ ed inderogabilità e non può essere generalmente tollerata¹⁶⁵.

na, come possibilità di fondare la pena su di un principio universale, da quello della funzione, quale mera possibilità di connettere descrittivamente, alla presenza della pena, delle conseguenze auspicabili. Nella dottrina contemporanea, infatti, sembra prevalere questo secondo approccio. Come rileva F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità*, cit., 161 ss., le tradizionali concezioni del fine della sanzione penale sono in crisi nella loro versione moderna, perché private del sostrato ideologico su cui si fondavano, ma vengono apprezzate in una veste postmoderna: se non possono più giustificare in senso forte la sanzione penale, sono comunque degli scopi pratici ritenuti generalmente utili. Cfr., altresì, A. MENGhini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2008, 22 ss., che parla correttamente di “andamento sinusoidale” con riferimento alla storia delle dottrine relative agli scopi della pena; nonché, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 239 ss. e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. 1, 13 ss. Per una riflessione di base sulle diverse teorie della pena, nell’ambito della produzione manualistica: G. MARINUCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2015, 3 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 49 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 731 ss., anche per l’analisi delle fasi evolutive del sistema sanzionatorio all’interno del nostro ordinamento positivo.

¹⁶³ Come illustra G.V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Ed. Scientifica, 2013, 77, persino la filosofia penale di Kant è sottoposta a rivisitazioni in chiave *finalistica*, che, in alcuni passaggi della *Metafisica dei costumi*, vedono univocamente riconosciuta alla legge penale la finalità generalpreventiva (*ne peccetur*) di distogliere i consociati dalla commissione di reati.

¹⁶⁴ Anche in senso etimologico: *absoluta* è da intendersi come “sciolta da finalità ulteriori”. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 15, 50 s.: la pena retributiva è fondata su una pura idea di giustizia fine a se stessa. Egli ne coglie le radici effettive nella vendetta, originariamente attuata dall’offeso e dal suo clan e poi, ad uno stadio sufficientemente evoluto di organizzazione politica, regolata da un’autorità superiore, capace di porre regole e sanzionarne la violazione, nonché di imporsi all’offensore ed all’offeso. L’idea della giusta retribuzione ha attraversato per secoli la civiltà occidentale ed è storicamente agganciata, secondo l’Autore, “a concezioni della giustizia che traggono pretesa d’assolutezza dall’aggancio alla religione o a un mondo di valori etici considerati indiscutibili”.

Sebbene si riscontrino posizioni che, di fronte alla crisi delle teorie relative ed in particolare dell'idea rieducativa, fanno proprie insistentemente le istanze del pensiero retributivo¹⁶⁶, alla dottrina dominante appaiono sostanzialmente insuperate le argomentazioni a favore di una rilettura della retribuzione da funzione autonoma a mero, almeno auspi-

¹⁶⁵ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 286; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 118; M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 270; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 227; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 960; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Indice pen.*, 1989, 10; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica dir.*, 2004, 345. Per un'analisi attenta del pensiero kantiano, anche alla luce delle riletture postmoderne, cfr. F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l'"antidoto" kantiano*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004, 141 ss. Criticamente L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, 1113, afferma: "La pena giusta in sé, cioè giusta "a prescindere", non esiste, e non solo per l'indeterminatezza quantitativa della simmetria fra entità, il reato e la pena, intrinsecamente disomogenee".

¹⁶⁶ Solo questo, infatti, sarebbe in armonia con una visione rigorosa della libertà e della dignità umana e con il principio per il quale l'uomo non deve essere trattato come mezzo al servizio dei fini di un altro. Cfr. F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 53; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 134 ss. Cfr. quindi R. LI VECCHI, *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. Pen.*, 1991, 11 ss. e V. MATHIEU, *Perché punire?*, Macerata, Liberilibri, 2007, 170: lo scopo della sofferenza della pena "è di ristabilire l'equilibrio e di tornare a rendere degno il soggetto di appartenere al sistema della libertà". In questo senso può leggersi anche il pensiero di J.L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, ed. it. a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009, 69 s. F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità*, cit., 121 ss. si sofferma in dettaglio sul neoretribuzionismo, quale rinnovata versione postmoderna delle tesi retribuzionistiche, ed in particolare sulla dottrina del *just desert* di Norval Morris, in cui tuttavia l'idea retributiva acquista un valore non di fondazione ma di limitazione della sanzione penale. Come invece rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 62, tutte le teorie della pena sono aperte sia a sviluppi di rigore che di mitigazione del rigore punitivo. G.V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, cit., 22 ss., descrive la concezione di Günther Jakobs sulla pena come una teoria assoluta, retributiva, visto che la pena non ha scopi ulteriori ma esaurisce il suo scopo in se stessa, nonostante l'Autore tedesco abbia utilizzato per lungo tempo il termine "prevenzione generale".

cabile, criterio regolatore, di delimitazione o di “misura” nella proporzionalità tra pena e colpevolezza per il fatto di reato, o tra pena e misura dell’illecito e della colpevolezza¹⁶⁷.

Una parte della scienza giuridica, anche italiana, ritiene infatti che l’idea retributiva si limiti ad appagare l’esigenza personalistica in un modo “prevalentemente astratto”¹⁶⁸ e perviene addirittura a descrivere il retribuzionismo assoluto come incompatibile con la struttura attuale del

¹⁶⁷ F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1515 ss.; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 44; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1060, nt. 61. È questa la variante garantista dell’idea retributiva, come la definisce D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 53, che si esprime in un’esigenza di proporzione, di giusta misura, poiché il fine non giustifica i mezzi (31). F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 77, descrivendo la concezione di Ferrajoli, precisa che egli valorizza il criterio retributivo per mantenere la punizione nella quantità minima e così prevenire sia la “ragion fattasi” che le manifestazioni di violenza dello stato, che si incarica di punire per evitare la reazione del privato. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2016, 23 ss., descrive il principio di colpevolezza e di proporzione come due principi fondamentali che pervadono il sistema penale, ma traggono origine dall’idea retributiva. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 739 s. ritengono invece che l’esigenza di proporzione tra fatto e sanzione si possa soddisfare senza necessità di recupero della vecchia concezione retributiva, attraverso la valorizzazione dell’avvenuto inserimento della rieducazione nella prospettiva del diritto penale del fatto, come desumibile dalla normativa costituzionale. C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss., criticando fermamente la teoria della retribuzione, ravvisa direttamente nel principio di colpevolezza il limite della pena orientata a fini preventivi: egli separa il concetto di colpevolezza dal principio retributivo. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 75; G.V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, cit., 47 ss., che parla della prevenzione generale positiva e delle concezioni per le quali essa va limitata in forza di un criterio esterno, da prendere in prestito presso le teorie assolute della pena; A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., 28; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, vol. II, 906; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 319 (proporzione tra pena e colpevolezza).

¹⁶⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 33.

diritto penale¹⁶⁹. Se si può ritenere che ancora permanga nella coscienza collettiva l'ideale classico del codice-decalogo, al quale corrisponde una pena proporzionata al rango dei valori offesi ed alla colpevolezza individuale¹⁷⁰ e quindi una concezione del reato al quale la pena deve necessariamente conseguire, un tale paradigma è stato chiaramente sconfessato “per varie ragioni da un modello di codice (o di legge) come *programma di politica criminale*”¹⁷¹.

Ponendo al centro della riflessione la prevenzione di futuri reati, soprattutto in una prospettiva positiva, le teorie relative¹⁷² hanno consentito di guardare ai paradigmi riparativi in termini più incoraggianti.

¹⁶⁹ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 984. In un diverso contributo, egli parla di “crisi della concezione retributiva della pena”, a partire dagli anni Sessanta e Settanta, quando “inizia ad affermarsi una funzione della pena che non si legittima in sé, ma che si giustifica solo se è orientata ad uno scopo”: A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 383. Nello stesso senso C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 afferma che la teoria retributiva non è più sostenuta, “né, in uno stato moderno – per il quale la pena è uno strumento della politica sociale – potrebbe più esserlo”.

¹⁷⁰ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 3, sottolinea come una giustizia retrospettiva si accontenti di misurare la colpevolezza e, insieme ad essa, di parametrare i valori che il reato ha sacrificato con la libertà del responsabile: “due misurazioni scientificamente impossibili per disomogeneità dei valori e per inattingibilità dell'anima”.

¹⁷¹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 902.

¹⁷² W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 428, parla di “orientamento relativo alle conseguenze esterne”. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 900 ss., descrive un innesto di logiche utilitaristiche nella cultura penale, che impongono all'interprete e al giudice di guardare al futuro. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, cit., 1524, definisce la prevenzione generale e quella speciale mediante intimidazione “funzioni logiche e coesenziali alla sanzione penale”. Le teorie relative sono state valorizzate ampiamente nell'esperienza contemporanea in adesione ad una concezione polifunzionale della pena – che in Italia ha ottenuto anche riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale, sulla scorta dell'art. 27 c. 3 della Costituzione, dopo un periodo in cui la prevenzione speciale come rieducazione era stata relegata a scopo meramente eventuale – almeno distinta per stadi. Come rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 59 ss., la Costituzione italiana dedica alla rieducazione l'unico riferimento diretto ed esplicito alle funzioni della pena. Essa però non può essere assunta a fondamento o giustificazione generale delle istituzioni penali. Solo do-

ve altre ragioni o necessità fanno sorgere il problema del ricorso al diritto penale, entra in gioco l'idea della rieducazione attraverso la pena, la quale – in ogni caso – non può significare “educazione coatta al bene, né predicazione di valori, né tanto meno lavaggio del cervello”, quanto invece, più semplicemente, “offerta di *chances* di recupero alla persona che ha commesso il reato, per quanto grave possa essere”. Cfr. anche G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in A. CALORE, A. SCIUMÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, Giuffrè, 2013, 183 ss. A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., 22 ss., precisa che la proclamazione esplicita della sola finalità specialpreventiva non è stata accompagnata da una chiara definizione dei suoi contenuti. Sulla “polifunzionalità”, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 16 s. (che parla di teorie miste, pluridimensionali o plurifunzionali) e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 36 ss., che si sofferma anche sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, ricordando, in particolare, la sentenza n. 306/1993 (in <http://www.giurcost.org/decisioni/1993/0306s-93.html>): “Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata”. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 9 ss. distinguono lo stadio della minaccia legislativa – in cui il ricorso alla pena da parte del legislatore si legittima in chiave di prevenzione generale, nei limiti della rieducazione (e cioè in modo che il tipo e la misura della pena minacciata dal legislatore non rendano impossibile, nello stadio dell'inflizione e soprattutto in quello dell'esecuzione, l'opera di rieducazione del condannato), a tutela proporzionata e sussidiaria di beni giuridici contro offese inferte colpevolmente – da quello giudiziale – in cui lo scopo che deve orientare le scelte del giudice nella commisurazione della pena è quello della prevenzione speciale con il limite invalicabile segnato dalla colpevolezza, ma si può cogliere un fondamento giustificativo nelle esigenze di prevenzione generale negativa e positiva – nonché da quello, infine, dell'esecuzione della pena, dove il fondamento giustificativo è il medesimo della fase giudiziale ma la finalità è esclusivamente di prevenzione speciale (rieducazione, non coattiva, che può cedere il passo alla neutralizzazione qualora il condannato non sia suscettibile di essere reinserito nella società, nè appaia sensibile agli effetti di intimidazione-ammonimento della pena); sostanzialmente nello stesso senso: T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 317 ss. Cfr., altresì, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 738 ss., che riconoscono alla rieducazione, in una dimensione intersoggettiva volta a favorire la riacquisizione dei valori basilari della convivenza nel rispetto del-

Nel momento in cui la punizione deve tendere alla rieducazione del reo, “ci si rende conto che il sistema punitivo ha come scopo ultimo quello di garantire una pace sociale inclusiva mediante il rafforzamento dei legami anche interpersonali”¹⁷³.

Gran parte della dottrina contemporanea¹⁷⁴ si mostra critica e disillusa, proprio di fronte alla sanzione penale tradizionale¹⁷⁵. Spesso prescindendo dal problema della giustificazione, si chiede se ed in che misura essa, come è stata fino ad ora concepita, sia in grado di raggiungere le finalità preventive a cui aspira l’ordinamento giuridico e che sono state in qualche misura inserite nei programmi politico-criminali¹⁷⁶.

l’autonomia morale dell’individuo, un ruolo primario nelle fasi dell’esecuzione e della commisurazione giudiziale, ma non nella fase della minaccia, in cui l’obiettivo perseguito è quello della prevenzione generale. Come precisa F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 63: “considerando l’esperienza contemporanea, non è il caso di esasperare la distinzione tra i tre concetti relativi allo scopo della pena”, mentre secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 722, “in base a nessuna singola teoria è possibile spiegare, infatti, la moderna complessità della pena”. Per una valorizzazione dei rapporti tra riparazione e finalità preventive cfr. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 345 e A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Indice pen.*, 1991, 591.

¹⁷³ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 107.

¹⁷⁴ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, cit., 1 ss. Come rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 62, “il pensiero politico e giuridico moderno è fortemente orientato verso concezioni finalistiche [...], il diritto penale non può legittimamente pretendere di essere invece l’espressione di una giustizia assoluta”.

¹⁷⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 22; F. MANTOVANI, *La “perenne crisi” e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, 1171 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 981. Si tratta naturalmente della dottrina che ha superato l’idea dell’istanza retributiva come fondamento autosufficiente o giustificazione del potere di punire ed individuato in essa un criterio regolatore nel quadro di un discorso sulle funzioni della pena che tende a ridurre la propria carica etica ed a laicizzarsi.

¹⁷⁶ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 42; G. ROSSI, *La riparazione nell’ordinamento penale italiano*, cit., 16. Sulla centralità della prevenzione nella teoria della pena e del diritto penale come diritto di scopo, senza che si riscontri alcuna contrapposizione con la finalità retributiva cfr. il sempre importante contributo di F. V. LISZT, *La*

Proprio perché la pena non è un valore in sé, se il diritto penale deve fungere da strumento di prevenzione di comportamenti indesiderati e ci si muove in un contesto di “razionalità strumentale”, si può porre un problema di verifica del suo funzionamento¹⁷⁷. Le prove che la minaccia e l’esecuzione, anche pronta, di pene tradizionali offrano un *surplus* di motivazione in senso preventivo (sia generale che speciale) non sono facilmente reperibili. Le verifiche empiriche concernenti i fini preventivi sono assolutamente carenti¹⁷⁸. Al contrario, alcune esperienze avrebbero testimoniato che aumentando la severità delle pene i reati non diminuiscono e che le sanzioni tradizionali sono addirittura criminogene dal punto di vista della prevenzione speciale e generale (*effetto boomerang*)¹⁷⁹.

teoria dello scopo nel diritto penale, Milano, Giuffrè, 1962, 63 ss.; A. ESER, *Giustizia penale “a misura d’uomo”*, cit., 1074 ss.

¹⁷⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 55.

¹⁷⁸ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 122.

¹⁷⁹ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 19 e 30; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 827 e 835; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 94: “La difficile misurabilità dell’incidenza dell’effetto-pena rappresenta l’acquisizione più sicura del dibattito contemporaneo”. Sul punto si soffermano anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 746, con riferimento alla prevenzione generale e D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 57 s., rilevando come il problema della deterrenza vada incontro, quale problema empirico, a non lievi ostacoli di impostazione, stante la difficoltà di calcolare l’incidenza dei diversi fattori di cui si voglia sottoporre a verifica l’ipotizzata relazione con l’andamento della criminalità, ma valorizzando unitariamente severità e probabilità della pena. Per un’analisi approfondita di alcuni studi condotti, con esiti incerti, sugli effetti empirici della prevenzione generale positiva cfr. G.V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, cit., 15 ss. Questi studi avrebbero messo in luce come manchi la dimostrazione empirica che il diritto penale e la sua applicazione preservino o rafforzino la fedeltà al diritto della popolazione. Come ricorda De Francesco (pag. 29), Hassemer, invece, prospetta la sua costruzione come sostanzialmente immune all’empiria, in particolare là dove asserisce che “non è pensabile una costellazione sociale” nella quale possa essere falsificata la tesi secondo cui il diritto penale “consolida la fiducia nell’ordinamento e la vigenza delle norme sociali” sottostanti a quelle giuridiche. Di recente, nell’ambito di uno studio sulla recidiva, A.P. SYKIOTOU, *Récidive: soigner ou punir? Les dilemmes de la*

Soprattutto nel quadro delle teorie relative, si sono così aperti alla politica penale nuovi orizzonti che hanno portato in evidenza anche prospettive di rinuncia alla pena tradizionale¹⁸⁰ e le pratiche mediative del conflitto derivante o sotteso alla violazione di norme penali e, più in generale, gli strumenti della giustizia riparativa¹⁸¹ sono stati valorizzati come alternativa percorribile rispetto all'inflizione di mere conseguenze negative, anche nella riflessione penalistica italiana¹⁸².

Sebbene ancora si affermi che in linea di principio l'idea di prevenzione generale riposa sulla certezza che al delitto consegue una pena¹⁸³, parte della dottrina ritiene che, proprio attraverso la riassunzione di responsabilità e di consapevolezza del disvalore sociale della propria condotta, tradotta in azioni positive, da parte dell'autore, magari accompagnata alla riconciliazione tra autore e vittima, si può contribuire a

sûreté, in AA.VV., *Incriminer et protéger*, Paris, Dalloz, 2014, 82 ha posto l'accento sulla capacità della violenza (nella pena) di produrre solo altra violenza.

¹⁸⁰ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 63; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 108; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 60, con riferimento all'idea rieducativa. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15, valorizza la riparazione in senso preventivo.

¹⁸¹ Da intendersi, come vedremo, come strumenti che si esprimono in comportamenti positivi dell'autore volti ad elidere le conseguenze del reato a favore della vittima e che si fondano sul paradigma del consenso.

¹⁸² L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 821; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 981; G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155.

¹⁸³ Come illustra G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 125. Cfr., tuttavia, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Critica dir.*, 2001, 212, il quale afferma che la vecchia idea della prevenzione generale come intimidazione non ha più senso perché il messaggio che dovrebbe essere obbedito non è più certo, dotato di minima riconoscibilità e F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 122 s. che qualifica la prevenzione generale negativa come "ingenua sul piano delle conoscenze dei processi motivazionali" (il soggetto da dissuadere non è un individuo che calcola con freddezza). C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 16 rileva comunque che la portata intimidativa del risarcimento sulla collettività (prevenzione generale negativa) è certamente inferiore a quella della reclusione e della pena pecuniaria.

rafforzare efficacemente la fiducia collettiva nell'ordinamento giuridico e nei valori già acquisiti.

Da un lato, infatti, un libero e responsabile riconoscimento da parte del reo dei valori condivisi socialmente e delle regole di condotta precedentemente violate costituirebbe un'importante riaffermazione degli aspetti rieducativi e risocializzanti¹⁸⁴. Dall'altro, la generale credibilità del momento precettivo e la sua capacità di imporsi per ragioni autonome dall'applicazione di una pena verrebbe rafforzata, conferendo al sistema una nuova legittimazione sotto il profilo della generalprevenzione positiva¹⁸⁵.

¹⁸⁴ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 122 s.; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1780 (il quale sottolinea come la reintegrazione del reo nella comunità non possa essere scissa dalla ricomposizione della relazione con la vittima). Secondo C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 20, in questo contesto la risocializzazione non è esposta nemmeno alle tradizionali critiche che investono il trattamento senza limiti di durata e che rischia di prevaricare la persona. Sulla pericolosità di un "trattamento" imposto, volto a condizionare la personalità del reo, si sofferma anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 49 s., nell'analizzare l'orientamento francese della "Nuova Difesa Sociale", che addirittura giunse, dopo il 1971, a mutare il termine "risocializzazione" con quello di "riconciliazione", abbandonando l'idea del trattamento terapeutico a favore di un trattamento "non orientativo". Quanto, più in generale, al sempre più frequente rapporto tra la riparazione e gli istituti fondati su istanze di prevenzione speciale positiva (quali la sospensione condizionale della pena), è stato recentemente evidenziato come esso dimostri la piena compatibilità tra i postulati riparatori ed il finalismo rieducativo della sanzione penale, in quanto l'impegno riparatorio potenzia il percorso di risocializzazione dell'autore del reato (M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 271).

¹⁸⁵ L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 829; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 129; ID., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, cit., 43 s.; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 42; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 346. Cfr. altresì, G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155 s. nonché ampiamente, sulla prevenzione generale positiva, W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, cit., 417 ss.; ID., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 93 ss.; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 748. Come ben chiarisce G.V. DE FRANCESCO, *La preven-*

Si tratta “di pensare *altrimenti* la prevenzione”¹⁸⁶: mediazione e riparazione, utilizzando lo strumento del consenso, in luogo di quello del terrore, sanno operare nel segno della prevenzione positiva, senza trascurare i bisogni emotivi di pena della vittima e della società¹⁸⁷. Si potrebbe così realizzare una “prevenzione generale orientata alla integrazione ed alla pacificazione”, una forma di “pacificazione del sentimento giuridico”, connessa al “ristabilimento della pace giuridica turbata dal reato”¹⁸⁸.

Lungi dal rappresentare l’unico strumento efficace, in tale prospettiva la pena detentiva, che costituisce nel nostro ordinamento la forma punitiva maggiormente lesiva dei diritti individuali, viene finalmente a perdere centralità, aprendo nuovi spazi di discussione anche in merito alle rigorose garanzie che essa impone per la sua applicazione¹⁸⁹.

zione generale tra normatività ed empiria, cit., 20, tra le diverse accezioni della prevenzione generale positiva, l’idea guida posta alla base sta comunque nel provocare un adeguamento spontaneo al sistema dei comandi giuridici.

¹⁸⁶ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 45.

¹⁸⁷ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1000, nt. 114. Come afferma L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1119: “nulla risulta in grado di restituire autorevolezza a norme giuridiche disattese, entro i diversi ambiti relazionali di appartenenza, più della decisione personale di prendere le distanze da quel comportamento operata dallo stesso agente di reato”. Cfr., altresì, F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 57.

¹⁸⁸ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 16 s. Egli ritiene che sia opportuno riferire il concetto di prevenzione integratrice al mero scopo di pacificazione e considerare la prevenzione generale positiva come categoria complessiva che comprende, oltre alla pacificazione, finalità pedagogiche (conferma nella fedeltà all’ordinamento) e finalità orientate a stimolare la fiducia nell’ordinamento. S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 347, precisa che la mediazione è caratterizzata dall’incertezza in merito ai risultati, “ma si tratta di un’incertezza non dissimile da quella che è legata allo stesso concetto di rieducazione, rispetto al quale il saggio legislatore utilizzò il termine ‘tendere’”.

¹⁸⁹ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345; L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 824; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 21; F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Critica dir.*, 2004, 267; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, in *Riv. Pen.*, 2003, 1047; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 85, parla, in termini non troppo dissimili, ancor-

Un contributo importante alla riflessione sul rapporto tra riparazione e tradizionali teorie della pena è stato offerto da quella dottrina che in termini più radicali ha ricercato nella prima una diversa giustificazione assoluta della sanzione penale¹⁹⁰.

Se, alla luce di tale fondamento, la sanzione dovrebbe sempre ricomporre una traumatica interruzione di rapporti sociali e rimediare alle conseguenze del delitto, essa verrebbe non di meno a soddisfare sia le esigenze della prevenzione generale che quelle della prevenzione speciale. Sotto il primo profilo il corpo sociale verrebbe rassicurato circa la validità dell'ordinamento giuridico in vigore e, allo stesso tempo, dissuaso dal delitto che si dimostrerebbe incapace di produrre dei profitti per il reo. Dal punto di vista della prevenzione speciale, verrebbe favorito il ripristino di un dialogo interrotto e verrebbero offerte al reo le condizioni per reinserirsi nella società. Assumendo un significato ancora più polivalente, la sanzione conterrebbe anche i caratteri della retribuzione in chiave garantistica, conseguendo solo ad una condotta tassativamente prevista come reato ed assumendo un'estensione commisurata alle sue conseguenze dannose¹⁹¹.

In termini meno assoluti, ma assai significativi, c'è chi ha ritenuto opportuno includere espressamente tra gli scopi del diritto penale (più che della mera pena) la pacificazione sociale, perseguibile attraverso la riparazione della vittima e quindi innanzitutto attraverso la subordina-

ché con riferimento al momento dell'esecuzione, di secondo significato della sussidiarietà: "l'esecuzione effettiva della sanzione privativa della libertà come rimedio estremo, accanto ad altre sanzioni penali parimenti disponibili". Per una riflessione sul significato della pena detentiva cfr. C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 99 ss.

¹⁹⁰ M. BOUCHARD, *La riparazione come risposta all'ingiustizia*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, cit., 81, afferma, al contrario, che la riparazione non può essere, anche solo in parte, scopo della pena.

¹⁹¹ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 96 ss. Cfr. anche L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1780 ss. Critico sulla possibilità di inquadrare il risarcimento come nuovo fine della pena C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14.

zione di ogni istituto specialpreventivo-premiale al requisito di una dimostrata solidarietà del reo verso la vittima¹⁹².

Anche a prescindere da queste peculiari letture, non vi è dubbio che se si valorizzano consenso e condotte positive dell'autore del reato è possibile pensare ad un apparato sanzionatorio tendenzialmente "duttile", che sappia adeguatamente considerare i soggetti coinvolti, personalizzando la risposta statale: un modello dialogico di giustizia penale presuppone proprio "il superamento dell'idea dell'afflittività della pena quale reazione indefettibile e necessaria all'affermazione dell'ordine assiologico violato dal reato"¹⁹³.

La giustizia riparativa pone in discussione il monopolio della risposta penale al fatto tipico; "monopolio da sempre detenuto dalla *pena statale*", intesa come "*bene negativo* per la collettività"¹⁹⁴. Del resto, se la si fa confluire nel processo, essa "deve fare i conti con l'inevitabile tematica della sua "corrispettività", del suo prezzo economico-processuale"¹⁹⁵. In termini molto positivi, per questa strada la vittima non viene strumentalizzata per aggravare la posizione del reo, ma finisce piuttosto per operare, eventualmente, in senso favorevole all'autore¹⁹⁶.

Secondo una prospettiva che ha riconsiderato in termini più precisi il rapporto tra tradizionali "fini" e "funzioni" della pena, la "funzione" di prevenzione generale, positiva (orientamento culturale) e negativa (intimidazione), riguarderebbe il sistema giuridico nel suo complesso e

¹⁹² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 228. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 77 ss. si sofferma sulla protezione della persona offesa come autonoma funzione del diritto penale, che secondo taluno si dispiegherebbe, *ex ante*, per mezzo di un diritto penale sempre più attento alle caratteristiche del soggetto passivo ed, *ex post*, mediante la costruzione di un apparato sanzionatorio diretto alla riparazione dei danni subiti dalla vittima e alla prevenzione di fenomeni di rivittimizzazione.

¹⁹³ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 983. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 917, nt. 40, afferma che solo una ormai superata concezione retributiva giustificerebbe un'inesorabile giustizia *ex post*.

¹⁹⁴ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 116.

¹⁹⁵ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 2, nt. 2.

¹⁹⁶ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 119.

non la pena in quanto tale (i suoi fini)¹⁹⁷. Se le “funzioni” non sono un “concetto tecnico-giuridico” e sono utilizzabili per “fini ermeneutici, ma non commisurativi”, i “fini” della pena sono un “concetto giuridico, con contenuto normativo-deontologico vincolante per il giudice”¹⁹⁸. Il criterio di proporzione rappresenterebbe una garanzia-limite per la durata della pena fin dalla sua comminatoria edittale, ma il fine della stessa in fase applicativa (commisurazione ed esecuzione) non potrebbe che essere individuato nella prevenzione speciale positiva, attinente al futuro del singolo¹⁹⁹.

Se ragioni di proporzione dovessero infatti sempre imporre il rispetto del minimo della pena si “paleserebbe un’essenza retributiva antiumanistica e anzi disumana, perché *nessuna persona è commisurabile a un fatto*”²⁰⁰. La pena, così, senza che si possa pensare ad alcuna patolo-

¹⁹⁷ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 908 s., precisa che se la pena stessa può di fatto contribuire alla generale funzione di prevenzione generale, non deve comunque perseguire tale scopo (fine) nel momento in cui viene irrogata. Cfr. anche ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1172 ss.

¹⁹⁸ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1187.

¹⁹⁹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 912, rilegge così il pensiero già espresso in altri suoi scritti, ed in particolare in ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 275, dove aveva distinto il fondamento della pena a seconda che si guardasse al massimo (prevenzione generale) o al minimo (prevenzione speciale). In ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 84 (nt. 20), precisa che la prevenzione generale dovrebbe avere già consumato il suo compito nella fase della comminatoria, mentre il vero problema della gerarchia tra i fini si pone in termini di “connessione fra la prevenzione *speciale positiva* (risocializzazione/rieducazione) e la prevenzione *speciale negativa* (neutralizzazione della capacità criminale)”. A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., 31, parla di “prevenzione nei limiti della colpevolezza”, mentre le istanze specialpreventive possono agire in *bonam partem*, producendo un decurtamento di pena. Se T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 320 riconosce che la pena può essere inferiore per ragioni di prevenzione speciale, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 83, ritiene che si possa anche giungere a non applicare la pena (ad esempio perché il condannato appare già sufficientemente punito dalle conseguenze del suo reato; su questa idea giuridica rinvia al par. 60 StGB).

²⁰⁰ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 275. Come afferma L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 42, “parlare di risposta al reato (di pene previste per i reati) è, in ogni caso, un eufemismo: nella

gia del sistema, andrebbe disapplicata o degradata quando “la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità dell’intervento”²⁰¹. Ad essere precisi, però, considerazioni di prevenzione generale – e non solo specialpreventive – troverebbero una collocazione adeguata nel fenomeno della *non punibilità*, che presuppone in linea di massima delle figure tipizzate, ma consente altresì al giudice di considerare tali ragioni per orientare in senso favorevole “gli spazi di discrezionalità contenuti nella scelta tecnica di adottare o meno un’ipotesi di non punibilità”²⁰².

Con più specifico riferimento al nostro tema di indagine, portando alle estreme conseguenze la concezione per la quale l’idea riparativa consentirebbe di orientarsi “verso una nuova comprensione del significato stesso della pena in generale”²⁰³, questa dottrina è giunta più di recente a richiedere un ripensamento della teoria del reato e ad affermare che “il vero concetto della pena criminale” dovrebbe cominciare proprio da qui: “di fronte a un danno irreparabile o non riparato, non risarcibile o non risarcito”²⁰⁴. In qualche modo, all’interno del binario classico della pena ci sarebbe spazio per una pena non “subita”, ma “agita”²⁰⁵. La “non punibilità”, lungi dal considerarsi meramente una “non pena”, dovrebbe considerarsi il risultato di un percorso possibile, naturalmente più favorevole rispetto alla pena principale minacciata, entro il quale rientrerebbe a pieno titolo la riparazione dell’offesa e la ricostituzione del rapporto con il soggetto passivo, quali modalità per dar corso alla sanzione penale²⁰⁶.

realtà [...] non si sanzionano, astrattamente, illeciti, ma si interviene pur sempre su persone”.

²⁰¹ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1051; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 86.

²⁰² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 915 s.

²⁰³ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 2.

²⁰⁴ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1207.

²⁰⁵ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 9 ss.

²⁰⁶ L’Autore, descrivendo questo percorso, avvicina in realtà, nel suo scritto, la pena principale minacciata a quella applicata in sentenza, sottolineando come nella non punibilità si collochino molti istituti che possono condurre anche solo alla sospensione o alla sostituzione della pena più grave. Riteniamo tuttavia che si debbano tener distinti

Anche al di fuori di questa lettura affascinante ed in qualche misura rivoluzionaria – che verrà ripresa in seguito riflettendo sulle declinazioni processuali del paradigma riparativo – possiamo rilevare fin d’ora che ormai vi è una diffusa consapevolezza in merito ad una sempre più frequente interruzione del rapporto che lega il reato alla pena tradizionale e, tra coloro che condivisibilmente non vogliono rinunciare ad un recupero di effettività della sanzione come certezza, vi è comunque chi riconosce che sebbene, almeno in linea teorica, la pena prevista debba essere normalmente irrogata, a determinate condizioni, alla commissione di un reato può “non seguire l’inflizione della pena, senza che ne risenta l’effettività del sistema repressivo”²⁰⁷. Se la minaccia legale della pena mantiene una sua priorità razionale rispetto alle finalità ed agli sviluppi possibili della risposta al reato, dell’eventuale postfatto riparatore si può tener conto anche fino a non applicare la pena, perché la “giustizia del punire” è questione diversa dalla “giustizia dei precetti”²⁰⁸.

Nel rispetto del principio di legalità, il problema si sposta sulla definizione attenta dei presupposti, nonché, naturalmente, in questo contesto, per irrinunciabili esigenze di coerenza sistematica e di eguaglianza, sulla previa verifica del raggiungimento, con strumenti alternativi, degli scopi perseguiti dalla sanzione penale tradizionale²⁰⁹.

i casi di rinuncia alla pena tradizionale che segua a condotte riparatorie poste in essere prima dell’accertamento definitivo della responsabilità e che potrebbero portare ad un proscioglimento dell’autore del reato o, in alternativa, alla celebrazione del giudizio e condotte riparatorie che, invece, sostituiscono la pena tradizionale già irrogata e che potrebbe rivivere in ipotesi di mancata esecuzione della pena agita.

²⁰⁷ F. GIUNTA, *L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 435. Nello stesso senso, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.

²⁰⁸ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 654 ss. L’Autore si sofferma criticamente proprio sull’idea del “delitto riparato” – figura autonoma, con autonoma cornice editale – di Donini, che spezzerebbe l’unità del precetto.

²⁰⁹ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 435, è critico, ad esempio, nei confronti della tendenza di trattare la punibilità come una variabile indipendente dall’offesa e dalle funzioni di prevenzione della pena. Cfr. D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 667, per quanto riguarda il principio di uguaglianza nella giustificazione della non punibilità.

Per i sistemi di ricomposizione del conflitto che valorizzano la riparazione ed il consenso, in alternativa alla pena tradizionale, e che appaiono concretamente proponibili in questa prospettiva (soprattutto in relazione a reati che sono prevalentemente posti a presidio di interessi privati) si ripresenta però la necessità di non sottovalutare il significato comunicativo dell'azione positiva successiva, proprio dal momento in cui si può fondare su tale azione la scelta politico-criminale di rinuncia alla pena. Per raggiungere i fini perseguiti e per rinsaldare il senso di sicurezza collettivo, non potrebbe ad esempio ritenersi adeguata una mera indennizzazione della vittima, applicata indiscriminatamente e in modo meccanico²¹⁰.

3. Il rapporto efficiente tra la giustizia riparativa ed il sistema penale italiano

Il paradigma della *restorative justice* ha avuto nel sistema penale un notevole impatto in considerazione altresì del suo possibile contributo all'efficienza della giustizia ed ha comportato, anche in Italia, un rinnovato interesse negli operatori del diritto per un suo eventuale utilizzo.

3.1. Inflazione penale e correttivi. Nella prospettiva di una "sussidiarietà contemporanea"

Nonostante il fiorire, in chiusura del secolo scorso, di molti dibattiti sul tema del "diritto penale minimo" ed un costante riconoscimento, almeno formale, dell'opportunità di tutelare penalmente solo valori essenziali trasformando in illeciti amministrativi gli altri reati²¹¹ la strada

²¹⁰ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 84. Come ricorda Roxin, l'effetto specialpreventivo della sanzione penale potrebbe essere nullo se il ladro dovesse restituire solo l'oggetto rubato, mentre, sotto il profilo generalpreventivo, la mera minaccia di restituzione del profitto non sarebbe in grado di distogliere alcuno da progetti criminosi: C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8.

²¹¹ Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 80 ss. (egli contrappone diritto penale minimo/massimo riferendosi sia ai minori o mag-

della depenalizzazione in astratto rappresenta solo in parte una soluzione concreta per affrontare i problemi dell'inflazione penale²¹².

È pur vero che con la legge 28 aprile 2014 n. 67, attuata nel 2016, il legislatore ha mostrato di investire ancora delle energie riformistiche in questo senso, ma in concreto non è giunto a toccare i settori più sensibili all'applicazione giudiziaria, come la droga e l'immigrazione²¹³, e buona parte della dottrina penalistica si dimostra attualmente meno favorevole o, semplicemente, meno disposta a vedere nella depenalizzazione un rimedio definitivo contro l'ipertrofia penalistica: proprio con riferimento alla materia penale si è affermato che "l'ideale illuministico di un ordinamento giuridico (e dunque di un sistema repressivo) fatto di poche leggi" è ormai del tutto "anacronistico"²¹⁴.

giori vincoli garantistici strutturalmente interni al sistema, sia alla quantità e qualità delle proibizioni e delle pene in esso stabilite), nonché F. BRICOLA, *Intervento sul tema: "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, cit., 31 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, cit., 1475 ss. (con riferimento agli interessi di particolare rilevanza costituzionale); G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, cit., 19; C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1226 ss. Cfr., altresì, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., 9 ss., per una critica molto forte all'inflazione penalistica, con l'elaborazione di un programma di "diritto penale minimo", da attuarsi anche mediante una "riserva di codice"; F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, cit., 267, parla invece di "diritto penale minimo" come "diritto punitivo che sappia valorizzare altri strumenti di composizione dei conflitti sociali", comprendente sia una proposta di depenalizzazione dei reati minori, sia il ricorso ad alternative al diritto penale tradizionale, come la mediazione penale.

²¹² A. MELCHIONDA, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *Riscrivere il Codice Penale. I fondamenti*, Ospedaletto (Pisa), Pacini, 2014, 90, la definisce "utopistica, insufficiente e, per certi versi, pericolosa".

²¹³ O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. pen.*, 2016, 816 s. L'Autrice sottolinea come questi settori siano estremamente sensibili anche sul piano politico (come la vicenda del reato di immigrazione clandestina, art. 10-bis T.U. immigrazione, sul quale ci soffermeremo più in seguito, conferma) ed allo stato ne appaia poco realistica una rivisitazione.

²¹⁴ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 185. M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in

Ciò è dovuto ad alcuni fattori. Da un lato, ad una notevole perdita di fiducia nel diritto amministrativo punitivo²¹⁵, che è meno ricco di garanzie, in primo luogo giurisdizionali²¹⁶, e non può sostituire agevolmente la tutela penale, che ha un valore anche simbolico²¹⁷. Il timore sarebbe quello di un indebolimento della funzione di prevenzione generale del sistema nel suo complesso²¹⁸. Dall'altro lato, va considerata la

Cass. pen., 1993, 2667, ritiene che non ci si può illudere sull'“efficacia taumaturgica” di una coraggiosa depenalizzazione. Per una riflessione sulla denuncia di una eccessiva produzione di fattispecie incriminatrici (ipertrofia penalistica), fin dal pensiero illuministico, cfr. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, 3 ss.

²¹⁵ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 105. Egli, peraltro, ritiene che la depenalizzazione non risolverebbe di per sé i problemi dell'inflazione processuale (potrebbero riespandersi norme generali e comunque verrebbero aggravati altri uffici giudiziari). Cfr. altresì G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 6 e P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 931, che pone l'accento sulle disfunzioni della macchina amministrativa, sulla riduzione dei poteri di accertamento della polizia e, comunque, sulle maggiori garanzie difensive assicurate dal procedimento penale. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 432, afferma che gran parte dei reati candidati alla depenalizzazione si riferiscono alla tutela di funzioni amministrative e sono sorti proprio per sottrarre all'amministrazione il controllo sanzionatorio sulle attività che essa è chiamata a regolamentare: restituirglielo non è una prospettiva auspicabile. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., 69, mette tuttavia in guardia dai rischi di un diritto penale che espliciti solo funzioni simboliche poiché esso, perduta la credibilità, non sarà più in grado di svolgere i propri compiti.

²¹⁶ Cfr. A. MELCHIONDA, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, cit., 90.

²¹⁷ Cfr., per questa osservazione, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 124. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 20, ricorda la capacità dirompente dello strumento penale ed il giudizio di riprovazione sociale in esso insito. Sulla funzione simbolica del diritto penale si rinvia al contributo di S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss.

²¹⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32.

parallela concentrazione sul diritto penale delle aspettative collettive in ordine alla risoluzione di molti conflitti sociali²¹⁹.

A fronte di esigenze sempre nuove di tutela, sarebbero addirittura il “diritto penale del fatto” e la stretta legalità a determinare, inevitabilmente, l’inflazione penalistica, dovuta ai nuovi illeciti penali o comunque a fattispecie sempre più generali ed omnicomprensive, che rigidamente comportano l’incriminazione di modalità di condotta piuttosto modeste²²⁰.

La necessità di una minaccia astratta della pena, però, come ha ricordato anche Roxin, “non legittima affatto l’obbligo di punizione in ogni caso”²²¹. Richiamando quanto già espresso sulle recenti tendenze nel dibattito sulla pena, essa non ha più un valore in sé, un valore assoluto, anche se “la *certezza della risposta al reato* (non necessariamente una pena da eseguire) resta un valore essenziale”²²². Un diritto penale che guardi oltre le istanze meramente retributive²²³ e risponda ad un

²¹⁹ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale* (1983), in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, cit., vol. I, tomo II, 1459; C.E. PALIERO, *L’autunno del patriarca*, cit., 1236; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 960, afferma che proprio la radicale redistribuzione dei compiti sociali – verificatasi con l’assunzione, da parte dello Stato assistenziale, dell’istanza punitiva – avrebbe contribuito a determinare una “sovraesposizione della giurisdizione criminale”. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 57.

²²⁰ Cfr. le osservazioni riprese da M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., 267.

²²¹ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 19. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 94.

²²² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 633; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 400. Cfr., ampiamente A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, Giuffrè, 1998, *passim*, e, in particolare, pagg. 14 ss. per l’analisi della prospettiva contraria, seconda la quale precetto e sanzione sarebbero termini inscindibili. In questo senso D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 12, che parla di “imbarazzante consapevolezza che la applicazione della sanzione non è più avvertita come conseguenza necessaria della previsione legislativa di precetti (normativamente) minacciati di pena”. Si sofferma poi su questo fenomeno a pagg. 17 ss. e 554 ss.

²²³ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 96, parla di “concezioni retributive assolute della pena, ormai unanimemente abbandonate e sconfessate”.

modello di “sussidiarietà contemporanea”²²⁴ può permettersi di rinunciare, a determinate condizioni, alle sue sanzioni, di disapplicare le pene comminate, nel rispetto della personalità degli autori di reato.

Efficacemente si parla, a riguardo, della necessità di una “ragionevole flessibilità”²²⁵.

Ferma l’esigenza di commisurare attentamente la pena in ipotesi di condanna, si impone, prima, una più radicale selezione dei fatti di reato commessi, in via di fatto se non, auspicabilmente più spesso, in via di diritto²²⁶ e, in questo caso, a livello di diritto sostanziale o di diritto processuale²²⁷.

L’applicazione della pena è un percorso dinamico che parte dalla minaccia legale ed arriva, attraverso il processo, all’esecuzione, ma su

²²⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 131; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 76 ss. (cfr. in particolare, pag. 82: “Si profila quindi una nuova e diversa sussidiarietà contemporanea”). C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 209, descrive un “atteggiamento autoconservativo dell’organismo penale”, noto come “processo o fenomeno di selezione”. Cfr. altresì, A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 984 s. (in particolare nota 79). In realtà, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 22, affermava che proprio il principio di sussidiarietà offriva la legittimazione della riparazione come strumento autonomo inteso a conseguire i fini del diritto penale, senza ricorrere alla pena o mitigandone l’utilizzazione.

²²⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 633. A pag. 465 egli ricorda la necessità di un “ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”, richiamando un criterio enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148 del 1983.

²²⁶ Come ricorda C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 216, se alla potenziale punibilità di un gran numero di individui corrisponde la punizione effettiva di una sparuta percentuale, selezionata in base a criteri casuali, si verifica una esasperazione inaccettabile del loro ruolo di capri espiatori, nel momento in cui vengono scoperti.

²²⁷ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 231 s.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 79 ss. Cfr. altresì, A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 984. Ogni soluzione processuale dovrebbe, comunque, trovare una giustificazione ed una legittimazione di fondo nei principi del diritto penale, quando vengono ad essere toccati gli equilibri del sistema sanzionatorio: cfr. sul punto F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “L’azione per la repressione dell’illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31, dove sottolinea la necessità che anche le riforme del processo penale tengano conto del diritto penale sostanziale; e così, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 466.

tutti i passaggi del percorso il principio di legalità lascia spazio a possibili alternative, che il legislatore dovrebbe individuare nell'esercizio della sua discrezionalità politica e nel rispetto dei principi costituzionali²²⁸.

Così, in considerazione di esigenze preventive e/o di valutazioni di meritevolezza e bisogno di pena²²⁹, si è cominciata a valorizzare legi-

²²⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 460 s.

²²⁹ Come è stato rilevato (L. RISICATO, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 87 s.), l'ambiguità del concetto di meritevolezza di pena si riflette in una vasta produzione scientifica, in cui si colgono connotazioni diverse del termine. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 89, accomuna la querela, le cause di non punibilità e le condizioni di punibilità, quali indicatori della "meritevolezza di pena di un'offesa penalmente rilevante". Diversamente, però, C. PIERGALLINI, "Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1317, afferma che la "meritevolezza di pena, che legittima la previsione astratta della sanzione penale, non determina un indiscriminato obbligo di punire" e M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 49 ss. definisce il reato come illecito meritevole e bisognoso di pena, ma non ammette che a meritevolezza e bisogno di pena siano riservati spazi autonomi nella teoria del reato. Essi esprimono "la legittimazione ultima del tipo astratto di reato" e "la sostanza di cui il reato si nutre", senza tuttavia che per questo un fatto anti-giuridico e colpevole (e quindi meritevole e bisognoso di pena in sé) debba sempre essere punito. Vi possono infatti essere molte ragioni (ricinducibili ad un'area eterogenea e complessa di opportunità politica dell'intervento penale in concreto, difficile da ricondurre a sintesi) per le quali, "in un diritto penale razionale di scopo", può apparire conveniente soprassedere alla punizione (cause di estinzione del reato, condizioni di procedibilità). E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflative. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 9 ss. distingue meritevolezza della pena, che sottende un giudizio di valore (bilanciamento di interessi) e comporta il riferimento ad un'istanza fondativa collegata alla natura ed al contenuto di illecito di un comportamento, dal bisogno di pena, connesso ad esigenze di politica criminale strettamente legate a finalità preventive e destinate a limitare ulteriormente la corrispondenza di principio tra fatto di reato e pena (con alcuni istituti tipici della giurisdizione di pace si rimane comunque all'interno della logica della struttura del reato, a differenza di alcune cause di non punibilità). Cfr., analogamente, per quanto riguarda la meritevolezza e la definizione di bisogno/necessità di pena, P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 158 ss. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 31 ss., analizza criticamente i due principi del bisogno (ancorato al princi-

slativamente, anche nel nostro ordinamento, la possibilità di graduare il reato – ammettendone realizzazioni in concreto bagatellari e consentendo in alcuni casi al giudice di non punire l'autore del fatto²³⁰ – e si sono introdotte ipotesi di oblazione discrezionale, di messa alla prova (art. 28 d.P.R. 448/1988, per i minori, ed artt. 168-*bis* ss. c.p., introdotto con la riforma ex l. 67/2014, per gli adulti) ed altri nuovi istituti di “non punibilità” sopravvenuta²³¹. In questo contesto, poi, si è cominciato, anche

pio di idoneità-necessità della sanzione) e della meritevolezza di pena (ancorato al principio di proporzionalità), evidenziando la difficoltà di individuare i rispettivi ambiti di operatività e poi concentrandosi solo sul bisogno di pena (o meritevolezza in senso lato) come quarto possibile elemento o gradino del reato (punibilità), senza sposare questa tesi (il giudizio sulla necessità e/o meritevolezza di pena non rappresenta, secondo l'Autrice, un momento valutativo successivo ed ulteriore rispetto alla verifica della sussistenza dei requisiti integranti la fattispecie; in presenza di cause di non punibilità, il bisogno di pena non viene meno, ma viene a mancare l'opportunità di assoggettare a sanzione penale il fatto posto in essere, pur tipico, antiggiuridico e colpevole). R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 112 dà ingresso ad un ulteriore livello nella struttura del reato (bisogno di pena), antecedente alla punibilità e successivo alla colpevolezza. Per una meritevolezza e necessità di tutela dalla parte della vittima, cfr. M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1004 e S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 19 (meritevolezza/bisogno di tutela). Cfr. altresì A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 100 (che parla di concetti “inafferrabili”) e dottrina *ivi* citata. A pag. 225, con riferimento al “bisogno di pena”, egli evidenzia come questa categoria esprima il senso di istituti che non sarebbero deducibili dai fini specifici del diritto penale ma solo da generiche valutazioni di scopo e di bilanciamento di interessi eteroclitici rispetto a quelli che trovano udienza nel diritto penale.

²³⁰ Per un primo approfondimento della questione dell'esiguità penale anche nell'ambito della competenza penale del giudice di pace cfr., *infra*, il capitolo 4. Cfr. in ogni caso, sul tema, anche G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147 s., nonché, in generale, per la sua continua attualità, l'ampio studio di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., *passim*.

²³¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 465 s.: in questa categoria molto ampia, che presuppone un reato astrattamente punibile, egli include casi di “ritenuta inesistenza di bisogni di reazione, in considerazione della insignificanza del fatto” sia per ragioni di minima offensività che per ragioni di prevenzione speciale; di “considerazione di fatti successivi al reato, ritenuti incidenti sulla meritevolezza o sul bisogno di pena”; di “considerazione del decorso del tempo dopo il commesso reato” e di “esercizio di un potere di clemenza”. Molti istituti della non punibilità sopravvenuta sono raggruppati

se timidamente, a sperimentare la mediazione penale e l'istituto delle condotte riparatorie come "causa di estinzione del reato" (*in primis* con l'art. 35 d.lgs. 274/2000), riconducibili – nella forma di processi od esiti, come vedremo – alla grande famiglia della *restorative justice*. A determinate condizioni, nel caso di un'intervenuta o ricercata "composizione del conflitto"²³², la giustizia pubblica ha iniziato a riconoscere la soluzione trovata, se non addirittura sollecitata, all'esterno del meccanismo punitivo classico²³³.

In questa prospettiva, la "sussidiarietà" non riguarda solo la posizione e la costruzione dei reati in astratto²³⁴, ma si afferma concretamente nel quadro di un modello dialogico di "amministrazione giudiziale della pena", in cui il giudice non si limita ad applicare la sanzione dall'alto ma può riconoscere reazioni appropriate alla specificità dei fatti crimi-

sotto le etichette di "cause di estinzione del reato" (che hanno una natura anfibia, per un verso sostanziale, e per un altro processuale) e di "cause di estinzione della pena". Egli afferma che sul piano tecnico gli istituti della non punibilità possono essere strutturati anche in chiave formalmente processuale. Poiché però vengono ad essere toccati gli equilibri del sistema sanzionatorio, è sempre necessaria una giustificazione, alla luce dei principi del diritto penale sostanziale. L'impostazione dell'Autore – che in questa prima sede si intende preferire – si avvicina a quanto descritto da A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 19, parlando di "circostanze di esclusione della punibilità", in senso lato, come "clausola generale a cui ricondurre tutte le ipotesi (senza che vi sia neanche una precisa distinzione tra l'ambito sostanziale e quello procedurale) in cui si assiste ad uno scollamento tra la realizzazione di un fatto penalmente rilevante e l'applicazione della sanzione criminale". Nello stesso senso A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 339, per la quale si tratterebbe di situazioni o circostanze, soggettive o oggettive, preesistenti alla commissione del fatto o sopravvenute, attinenti al merito o alla procedura, a cui è comunque riconducibile la non applicabilità o non applicazione della sanzione penale. Con specifico riferimento alle "cause sopravvenute di non punibilità", cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 226 s.

²³² A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 39, parla di modelli di "composizione del conflitto penale".

²³³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 255.

²³⁴ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1036.

nosi²³⁵ e valorizzare il contributo delle parti: l'interesse della vittima e/o la condotta dell'autore, successiva al fatto²³⁶.

Si assiste ad una sorta di estensione del principio di *extrema ratio* sul piano del processo penale, evidenziando quella stretta relazione esistente tra diritto e processo che può portare a valorizzare determinati istituti, dalla natura ibrida, addirittura in una fase anticipata del procedimento per rinunciare – prima ancora che alla pena, quando possono ritenersi soddisfatte le istanze cui dovrebbe rispondere – all'esercizio dell'azione penale, con una “depenalizzazione in concreto”²³⁷, compatibile con le istanze di “deprocessualizzazione”²³⁸. Una disciplina proces-

²³⁵ Cfr. Risoluzioni del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema “*Diversion e mediazione*” (Cairo, 1-7 ottobre 1984), con i successivi rilievi di F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 534. Cfr. altresì C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 170.

²³⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 254. ID., *Le tecniche di de-gradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 107; nonché cfr. pag. 83: “la sussidiarietà è un criterio di orientamento gerarchico e commisurativo tra le finalità della pena, unitamente al raccordo fra tipologia del fatto e realtà criminologica dell'autore”. Cfr. altresì A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 987; AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, Verlag C.H. Beck, 1992, 37 e W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 230, che mette in relazione la conciliazione con i principi di proporzionalità e sussidiarietà.

²³⁷ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 186.

²³⁸ G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Ed. Comares, 1999, 96. Queste considerazioni vengono svolte con riferimento alla disciplina tedesca dell'archiviazione, sulla quale ci soffermeremo nel prossimo capitolo. Quanto al termine “deprocessualizzazione”, condividendo quanto espresso da M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, 100, nt. 3 e 4, esso verrà qui utilizzato come sinonimo di “deflazione processuale”, facendo riferimento agli istituti che escludono il processo, costituendo un'alternativa al medesimo. La “deprocessualizzazione” può essere avvicinata così alla nozione di *diversion*, nell'accezione utilizzata nelle citate Risoluzioni del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema “*Diversion e mediazione*” (Cairo, 1-7 ottobre 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 533 ss. con i rilievi di F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*). Nelle Risoluzioni, *diversion* è intesa come “deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull'imputazione”; essa può intervenire anche dopo l'esercizio dell'azione penale (nt. 89). Come precisa proprio la Ruggieri, istituti

suale sensibile a queste esigenze consente di ridurre sia i costi per l'individuo che l'assoggettamento ad un processo penale porta con sé, sia i costi per il sistema giudiziario²³⁹.

Dal lato del diritto formale, infatti, è indispensabile tener conto delle concrete esigenze di efficienza ed economia processuale – e quindi di buon andamento nell'amministrazione della giustizia²⁴⁰ – alle quali tali forme di “degradazione giudiziale”²⁴¹ dell'illecito, insieme ad un eventuale ampliamento del potere delle parti nel condizionare l'esercizio dell'azione penale²⁴², possono servire, nella prospettiva di una nuova

quali la mediazione si collocano “in quell'area in cui il diritto penale sostanziale e diritto processuale non possono fare a meno di coesistere”. C.E. PALIERO, *“Minima non curat praetor”*, cit., 378, nt. 10, ritiene “particolarmente problematico” “fornire una nozione unitaria di questo istituto”. Nella definizione offerta da B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione* (2014), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 1 ss., il termine “diversione” – di cui manca una definizione univoca – è da riferirsi a “qualsiasi reazione statale all'illecito che non consista nella celebrazione del processo penale”.

²³⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 49 s. e 367; C.E. PALIERO, *“Minima non curat praetor”*, cit., 458 ss. (l'effetto deflattivo “più e prima ancora che in astensione dalla pena, si concretizza in astensione dal processo”). Vedi D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 540 ss., con riferimento ad esempio all'intreccio tra estinzione del reato ed “estinzione” della procedibilità. O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 818, soffermandosi sull'art. 131-bis c.p., sottolinea come “una dichiarazione di tenuità e la conseguente chiusura veloce del procedimento penale non sono una gran cosa ma possono essere preferibili ad un processo suscettibile di risolversi, vero, in un'assoluzione, ma comunque lungo e foriero di discredito per l'indagato”.

²⁴⁰ Per un'ampia riflessione sul tema cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 1 ss. Se è utile precisare, sulla linea dell'Autrice (pag. 3), che il buon funzionamento di un sistema non è determinato solo dalla sua efficienza ma anche dalla sua efficacia, cioè dalla capacità di raggiungere gli scopi prefissati, l'efficienza del processo deve comunque essere considerata un bene costituzionalmente rilevante.

²⁴¹ Cfr., ampiamente, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, 93 ss.

²⁴² Se si guarda alla giustizia riparativa, le due prospettive sono attualmente, nell'ordinamento italiano, strettamente connesse. Sul tema, che riprenderemo più avanti, si rinvia ampiamente al lavoro di F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 173 ss.

obbligatorietà dell'azione penale “a declinazione flessibile”²⁴³, o semplicemente di una “concezione realistica (e non mitica o ipocrita) del principio in questione”²⁴⁴. In termini ancora più generali, ci si può altresì chiedere se sia legittimo, prima ancora che necessario, concludere un processo penale che non sia più funzionale al raggiungimento di un risultato “di giustizia”, perché non è più apprezzabile alcuna effettiva giustificazione della pena irrogabile²⁴⁵.

Se la convergenza tra i diversi profili interessati è solo parziale e non va enfatizzata oltre misura, è vero anche che molte soluzioni *riparativamente* orientate si possono collocare a cavallo tra diritto sostanziale e processuale e, consentendo di rinunciare al processo, oltre che alla pena, possono assolvere ad una pluralità di funzioni²⁴⁶.

Senza poter qui affrontare adeguatamente la questione dell'inquadramento dogmatico della punibilità nella teoria del reato²⁴⁷, possiamo

²⁴³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 249. Come illustra A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 389, il principio di obbligatorietà dell'azione penale è, spesso, solo un principio astratto che purtroppo non trova applicazione.

²⁴⁴ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147.

²⁴⁵ A. MELCHIONDA, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, cit., 94.

²⁴⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 585 ss. Come afferma M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 256: “Nel processo si concretizzano scelte e commisurazioni della pena che nulla hanno a che vedere con i principi di diritto sostanziale (almeno con quelli “tradizionali”), a cominciare dalla gestione delle pene irrogate con i riti alternativi”. Egli successivamente, a pag. 258, si sofferma sullo “schema a imbuto” che ben descrive la selezione processuale, secondo canali occulti, dei fatti e degli autori, dalla commissione dei reati all'esecuzione della pena carceraria: “L'uguagliantissimo diritto penale del fatto conosce applicazioni quotidiane che i manuali di diritto penale sostanziale non ci sanno neppure *descrivere*, non dico certo giustificare”. Cfr. altresì M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 84 ss., e, in particolare, nt. 20, in cui egli rileva la necessità di operare un bilanciamento delle classiche finalità o criteriologie fondative della pena con interessi anche di tipo economico-processuale.

²⁴⁷ Sul punto, su posizioni opposte nella dottrina italiana si collocano gli aderenti alla corrente maggioritaria, tra cui possiamo ricordare M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 261; ID., *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1038 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., in part. 107 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 43, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 783 (che parla di punibilità come “possibilità giuri-

comunque ricondurre a questa discussa e complessa categoria, nella sua accezione più lata²⁴⁸, gli istituti o le discipline che consentono (e consentirebbero ulteriormente, se potenziati), in presenza di un comportamento tipico, anti giuridico e colpevole, di operare una selezione o una degradazione in vista della non punibilità, nel quadro di un processo

dica di applicare la pena minacciata”), sostanzialmente contrari, e, dall’altra, G. MARI-NUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, vol. I, 655 ss., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 191 ss., favorevoli invece al riconoscimento della punibilità come quarto elemento del reato. Cfr. A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., 16 ss. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 44 individua lo spazio proprio dei più importanti istituti della punibilità (o meglio della non punibilità) nell’ambito del sistema delle conseguenze del reato e non all’interno della teoria del reato, mentre T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 360, parla di “ponte” che unisce il reato alla sua conseguenza giuridica. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 947, nt. 97, distingue le impostazioni che intendono ricondurre la punibilità alla teoria del reato o della pena e quelle che sottolineano l’esigenza di marcarne il distacco, “non per affrancare la non punibilità dai principi costituzionali, ma per ricostruirne un’autonoma e più variegata struttura e funzione rispetto al tema dei fini della pena “interni al reato” (egli aderisce a questa seconda impostazione). Si ricorda infine, per un’adesione alla prima impostazione ora citata, il sempre importante contributo di F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1968, vol. XIV, 588 ss., il quale, partendo dall’equazione rigida tra reato e fatto punibile, colloca le condizioni di punibilità all’interno del reato.

²⁴⁸ Secondo l’accezione di M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 89, capace di includere anche ipotesi di non procedibilità ed ipotesi “ibride”, come le cause di estinzione del reato e ID., *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1035, dove si riferisce ad un’“accezione molto ampia, sostanziale e processuale”. Cfr. altresì, per la non punibilità in senso lato: A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., 18 s. e quanto già descritto sopra, alla nt. 181. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 24 s., parla di differenziazione tra “fatti bisognosi di repressione” in astratto e “meritevoli di pena”, in concreto, riconoscendo al legislatore la possibilità di selezionare tra i fatti conformi al tipo attraverso istituti destinati ad incidere sulla punibilità in modo diretto (cause di non punibilità) o in modo indiretto (impedendo la pronuncia della condanna: querela e cause estintive del reato). Nel contributo M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 890, nt. 2, l’Autore parla, sempre in termini molto ampi, di “remissione della sanzione”, quale termine che comprende tutte le cause di “non punibilità” o di degradazione della sanzione sopravvenute al fatto.

penale sempre più dialogico ed aderente alle proposte della giustizia riparativa.

La “punibilità”, o più precisamente la “non punibilità”, rappresenta, del resto, una categoria dogmatica e politico-criminale estremamente moderna²⁴⁹. Essa è “una speranza, un programma, un percorso della sussidiarietà penale”²⁵⁰.

Le premesse sono incoraggianti, ma la questione posta è molto delicata. Basti osservare che se il principio di legalità non dice affatto che ad ogni fatto di reato deve conseguire sempre l’applicazione della pena²⁵¹, affinché il sistema conservi una sua fondamentale coerenza la scienza è chiamata, soprattutto alla luce dei criteri di valore riconducibili alle funzioni proprie della pena, ad una ponderazione adeguata delle ragioni che potrebbero far ritenere legittimo rinunciare alla punizione.

Rinuncia che, al di là delle istanze deflattive, non deve apparire come un’ingiustificata clemenza²⁵².

²⁴⁹ Come ricorda anche A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., 18, sarebbe più corretto parlare di “non punibilità”. A questo particolare concetto (definito “funzionale”) si riferisce M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1036 ss. Del resto, egli afferma, dentro alla tradizionale punibilità si trovano solo ipotesi di non punibilità. Tale categoria “riguarda criteri sia di meritevolezza e sia di bisogno di pena, che stanno al di là dell’edificio sistematico del reato”.

²⁵⁰ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 905, nel quadro di un complesso sforzo di razionalizzazione funzionale. Secondo V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai “condoni tributari 2003”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1119, è nota la “difficoltà di una *reductio* a razionale *unum* di tale poliedrico fenomeno”.

²⁵¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 459; M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese*, cit., 121; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 31.

²⁵² Come ha affermato anche la Corte costituzionale (Corte cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *Giur. Cost.*, 1988, 1559 ss.), in tema di controllo di legittimità delle scelte legislative sul piano della non punibilità: “Tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest’ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l’incriminazione penale, tale uso, nell’incidere negativamente sul principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell’intervento punitivo dello Stato. La non punibilità o la non procedibilità, dovuta a situazioni successive al commesso reato [...], deve comunque essere valutata in funzione delle finalità proprie della pena: ove l’estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con

Con riferimento più specifico al delicato rapporto con il mondo della *restorative justice*, si devono poi distinguere adeguatamente le questioni, implicate da questo modello nelle sue diverse concezioni, di cui il diritto può realmente farsi carico, da quelle invece di cui esso può solo limitarsi ad agevolare, con la dovuta attenzione, le condizioni di operatività²⁵³. Ad esempio, non può essere compito dello Stato “imporre perdoni e pentimenti, ma solo eventualmente favorirli, prenderne atto e trarne le dovute conseguenze”²⁵⁴.

tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima”. Nello stesso senso, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 411. Per una rilettura che tiene conto anche di interessi esterni a quelli tradizionali della pena, cfr., tuttavia, M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1052 s. Secondo ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 263: “Non punibilità non significa mera assenza di pena, a livello fattuale, ma significa come fondamento di diritto sostanziale che sottostà a schemi formali variegati, a cavallo fra diritto penale e processo, che l’ordinamento predispone un’intera strategia differenziata di istituti che consentono l’eliminazione, la riduzione o la trasformazione (“degradazione”) della risposta punitiva [...]. La non punibilità esprime l’idea che rieduca di più la pena che “non si applica” (soprattutto quella detentiva). La *ratio* politico-criminale che tiene insieme (non sempre facilmente, è vero) una categoria tanto composita è rappresentata dal principio di sussidiarietà”. ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 92: “La non punibilità si colloca, oltre la teoria del reato, fra la teoria della pena e le questioni che attengono ai rapporti fra il diritto e il processo penale”. Sulla sempre più complessa relazione di solo apparente inscindibilità tra reato e pena e sul ruolo della giustizia riparativa in questo contesto si sofferma anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 25.

²⁵³ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 186 s., ad esempio, parla del perdono e della riconciliazione come dimensioni che ineriscono all’intimo della coscienza individuale e di cui il diritto non può farsi carico, ma che il diritto può comunque agevolare nelle condizioni, promuovendo il dialogo tra vittima ed offensore.

²⁵⁴ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954; “Il perdono non è un atto giuridico. Allo Stato spetta al massimo la remissione”.

3.2. Contributo della giustizia riparativa all'efficienza processuale e rapporto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale

Sebbene gli strumenti come la mediazione non siano da valorizzare unicamente sul piano della loro presunta capacità deflattiva²⁵⁵, la giustizia riparativa va considerata anche perché può contribuire all'efficienza processuale²⁵⁶.

Riconoscere che il ricorso alla *restorative justice* non è stato prioritariamente sollecitato da esigenze di economia processuale e che essa può addirittura costituire una sorta di “mito contemporaneo”²⁵⁷, implicando una riflessione sul significato stesso della giustizia, non significa negarne le potenzialità per un funzionamento efficace del sistema penale, secondo una tendenza comune a tutti i settori del diritto²⁵⁸.

Nel contesto della giustizia riparativa si incontrano diversi interessi concorrenti: quello della vittima; quello dell'autore di reato; in qualche misura quello della comunità, nonché auspicabilmente (perché sottovaltarla?) proprio quello dell'amministrazione della giustizia che, anche nell'interesse delle parti, mira ad accelerare i procedimenti penali²⁵⁹.

Quando si parla di *restorative justice* e deflazione con riferimento al sistema penale italiano, si impone tuttavia una delicata indagine supplementare volta a ricercare un dialogo proficuo con la disciplina pro-

²⁵⁵ G. COSÌ, *Introduzione*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, cit., VIII.

²⁵⁶ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 345, individua proprio una linea di sviluppo delle condotte riparatorie per il perseguimento dell'istanza di deflazione processuale.

²⁵⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 211.

²⁵⁸ Vedi, per l'affermazione, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 24. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 244.

²⁵⁹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 89-90, nonché, con riferimento alla specifica esperienza dell'ordinamento tedesco, 267 s. Come ricorda D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 18 s., l'Italia in questi ultimi anni è stata destinataria di innumerevoli condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, inflitte proprio per violazione delle prescrizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di ragionevole durata del processo, principio costituzionalizzato nell'art. 111 della Costituzione.

cessuale. Non è dubbio, infatti, come anche questa materia, dalle radici lontane, risenta profondamente dei problemi legati all'esportabilità degli istituti stranieri, laddove essi debbano essere integrati in sistemi giuridici in cui vigono principi, anche costituzionali, molto diversi da quelli tipici dei paesi di *common law*, dove la giustizia riparativa ha iniziato ad affermarsi in un contesto di discrezionalità dell'azione penale²⁶⁰, o da quelli di paesi come la Francia, dove comunque è possibile abbandonare l'azione penale per ragioni di mera opportunità o – addirittura – come la Germania, dove, pur considerandosi la legalità dell'azione penale un valore primario da perseguire come regola, al pubblico ministero sono riconosciuti alcuni strumenti di “deprocessualizzazione”, proprio in ipotesi di composizione non autoritativa del conflitto, con riferimento alla criminalità medio-piccola²⁶¹.

A differenza di altri ordinamenti pur ancorati al principio di legalità, in Italia, a garanzia di un'applicazione uguale per tutti della legge penale e di altri principi basilari del sistema costituzionale²⁶², l'art. 112 della

²⁶⁰ L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 285. Come rileva A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 64, si può escludere che la discrezionalità dell'azione penale sia una caratteristica essenziale del sistema accusatorio.

²⁶¹ In questi termini, anche se criticamente, F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss. Cfr., invece, da una diversa prospettiva F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 203; C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 469 ss.; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2670. Riserveremo tuttavia al prossimo capitolo del presente lavoro un'analisi più approfondita dei profili comparatistici.

²⁶² Come ha messo in luce la Corte cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, 207, il principio è in realtà il punto di convergenza di altri principi basilari del sistema costituzionale: di legalità dei delitti e delle pene, di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di indipendenza del p.m. In questa sentenza, che richiameremo anche in seguito, la Corte ha sostenuto che il principio di obbligatorietà imporrebbe di limitare l'archiviazione ai soli casi di oggettiva “superfluità” del processo. F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss., coglieva una relazione strettissima tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale ed il principio di legalità e tassatività di cui all'art. 25 Cost. In realtà, egli riteneva che il costituente volesse innanzitutto la selezione

Costituzione ha stabilito drasticamente il principio di obbligatorietà dell'azione penale²⁶³. Se interpretato rigidamente, esso rappresenta un ostacolo all'introduzione di istituti di flessibilizzazione: allorché sussistano i presupposti per l'esercizio dell'azione penale, il processo deve iniziarsi e concludersi, “sia che vittima e reo si siano riconciliati, sia che siano rimasti estranei l'una all'altro”²⁶⁴.

Come altri paesi europei caratterizzati sul piano processuale dalla doverosità dell'azione penale²⁶⁵, anche l'Italia, lasciata da parte una “finalità cieca di retribuzione obbligatoria” ed una “mitica obbligatorietà indifferenziata”, guarda tuttavia sempre con maggior apertura a soluzioni trasparenti, ma più flessibili, con una “disciplina di raccordo fra il diritto penale ed il processo”²⁶⁶, che segni “il passaggio dall'*extrema ratio* sostanziale... all'*extrema ratio* processuale”²⁶⁷.

dei fatti, nell'ambito dell'armonica costruzione che va dal principio di legalità a quello di obbligatorietà dell'azione penale.

²⁶³ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2658 ss., definisce questa disposizione “una delle più laconiche della Carta fondamentale della Repubblica” ed illustra come in nessuna delle Costituzioni straniere con cui potrebbe essere utile operare un confronto si trovi una clausola che suoni allo stesso modo dell'art. 112 Cost.

²⁶⁴ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 193. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32 s., ritiene che proprio questa norma, che esula dal principio di legalità ma scaturisce da una diffusa idea di uguaglianza e di giustizia, imponga di perseguire ogni reato (o il maggior numero possibile). Cfr. U. GATTI, M.I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, cit., 100 e A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 42.

²⁶⁵ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 s. afferma che i paesi che prevedono una doverosità dell'azione penale dimostrano un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità, mentre gli altri vanno continuamente temperando gli spazi discrezionali concessi all'agire del P.M.

²⁶⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 259. G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 142, parla di “concezione realistica – e non mitica o ipocrita” dell'obbligatorietà dell'azione penale.

²⁶⁷ O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 819, parlando dell'istituto della particolare tenuità del fatto.

La dottrina italiana, infatti, ha preso atto della pesante frattura che separa l'essere dal dover essere del sistema penale nazionale, in cui esistono moltissime norme ma mancano le strutture adeguate, le risorse e le forze necessarie per farle rispettare e, di conseguenza, il sistema è costretto a tollerare prassi certamente lesive del principio di obbligatorietà²⁶⁸ e comunque processi dalla durata "irragionevole"²⁶⁹.

In un sistema ad azione penale obbligatoria, ma con un eccesso di incriminazioni, è inevitabile allora che si pensi a meccanismi, sostanziali e processuali, "di correzione, di aggiramento ed elusione dell'obbligatorietà"²⁷⁰.

Se si rimane convinti, tuttavia, che in uno Stato di diritto l'obbligatorietà dell'azione penale deve rimanere un principio fondamentale, nel

²⁶⁸ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, 591 ss. ("Permane un rapporto di grave squilibrio tra le risorse operative di cui dispongono gli uffici di procura e il numero delle notizie di reato che pervengono quotidianamente a tali uffici"). Vedi anche M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), cit., 40 ss.; C.E. PALIERO, "*Minima non curat praetor*", cit., 187 e 331 s.; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2673 s.; F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 204. È bene ricordare che anche F. BRICOLA, *Intervento sul tema: "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, cit., 31 ss., insisteva sulla necessità di sfortire gli illeciti penali per evitare che il principio di obbligatorietà non fosse un mito.

²⁶⁹ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 99 ss. L'Autrice si sofferma anche sui costi del processo per l'accusato, la vittima e tutte le persone coinvolte. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 2 ss. (e 228 ss.) ricorda come l'Italia continui ad essere chiamata a rispondere di violazioni alle prescrizioni della C.E.D.U., per l'eccessiva durata dei procedimenti penali. In particolare, l'art. 6 par. 1 contempla il diritto di ogni persona ad essere giudicata "entro un termine ragionevole". Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha istituito un meccanismo specifico di monitoraggio per risolvere il problema della durata strutturale dei processi in Italia, la quale conduce alla protezione inefficace di un'ampia gamma di altri diritti sostanziali. Il Commissario dei diritti umani, nel Rapporto presentato in seguito alla sua visita nel 2005, ha in particolare rilevato una difficoltà oggettiva nel dare una risposta al fenomeno dell'inefficienza del sistema giudiziario, legata al principio di obbligatorietà, ma ha anche riconosciuto che si tratta di un tema delicato, strettamente legato ai principi costituzionali. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 647.

²⁷⁰ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1057.

senso che la scelta tra il processo e la richiesta di archiviazione non può dipendere da una mera valutazione di opportunità politica²⁷¹ o da esigenze interne al processo – che accentuerebbero nell’opinione pubblica il senso di aleatorietà della giustizia²⁷² – è necessario evitare interpretazioni eccessivamente rigide o “fondamentaliste” del principio, potenziando istituti esistenti²⁷³ o individuando nuove soluzioni che, di solito basate sul consenso delle parti²⁷⁴, permettano di ovviare ragionevolmente alle conseguenze negative che esso può provocare nella pratica, almeno in una peculiare contingenza storica²⁷⁵.

²⁷¹ Come sottolinea M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 411, il principio, purtroppo, è stato oggetto di attacchi strumentali volti a riportare la politica dell’azione penale interamente nelle mani del potere politico. Come reazione a questa errata prospettiva, esso è stato da altri addirittura mitizzato, come l’unico coerente con uno Stato di diritto, sorvolando sul fatto che “nei termini rigidi in cui lo leggiamo nell’art. 112 Cost., il principio non trova corrispondenti in nessun’altra parte d’Europa e forse del mondo”.

²⁷² M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2666. Cfr. altresì le recenti riflessioni critiche di E. DOLCINI, *Esercizio dell’azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1369 ss.; R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, 1317 ss. e di M. CERESA-GASTALDO, *Dall’obbligatorietà dell’azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415 ss., con riferimento ad una possibile riforma dell’art. 112 Cost., da riformularsi nel senso: “L’ufficio del pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge” (contenuta nel d.d.l. costituzionale presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011 – AC n. 4275, Berlusconi-Alfano, intitolato Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione). Strumenti di deprocessualizzazione dovrebbero essere introdotti, secondo gli autori, sulla scorta di alcune esperienze straniere, senza dar vita una riforma costituzionale.

²⁷³ Come chiarisce A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 96, il primo limite all’art. 112 Cost. è costituito dalle condizioni di procedibilità. Anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 108 ss. si sofferma sul rapporto tra querela ed art. 112 Cost.

²⁷⁴ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 79.

²⁷⁵ Come rileva F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., 593, “non stupisce, dunque, che la dottrina processualistica continui a interrogarsi sulla effettiva irrinunciabilità del principio di cui all’art. 112 Cost.”. Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatiz-*

Attraverso un temperamento dell'obbligatorietà – legislativamente fondato su presupposti sufficientemente determinati²⁷⁶, ma comunque coraggioso – si può evitare che il magistrato si trovi a selezionare i reati da perseguire con poteri quasi arbitrari (mentre i fatti non scelti vanno incontro alla prescrizione)²⁷⁷ e che il sistema risponda in termini eccessivamente rigidi alla criminalità minore disperdendo le forze e le risorse da destinare alle forme di delinquenza più gravi²⁷⁸. Attraverso una maggior flessibilità si può contribuire a dare “linfa vitale all’agonizzante principio di ragionevole durata dei processi”²⁷⁹, evitando il rischio

zazione del diritto penale, cit., 130. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 174, ritiene che il mantenimento della regola della legalità processuale solleciti indirettamente un potenziamento dei meccanismi deflattivi.

²⁷⁶ R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 104. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 254, sottolinea l'importanza che si tratti di indici al cui verificarsi il p.m. ed il giudice abbiano il dovere di dichiarare la conclusione del procedimento. Come rileva tuttavia M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32, la difficoltà consiste nell'individuare i criteri, i quali non devono essere così generici da consentire arbitrii, ma neppure così puntuali da preconstituire aree di impunità identificabili come tali *a priori* dagli autori del reato. F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 203 s., ritiene che non costituirebbe una violazione del principio sancito dall'art. 112 Cost. (e del suo presupposto, il principio di uguaglianza) il riconoscimento di mediazioni esperite con successo, in un provvedimento di archiviazione.

²⁷⁷ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., 592; C. CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2013, 16. Cfr. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 330 ss., parlando di “impossibile dogma dell'obbligatorietà”.

²⁷⁸ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147 s.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 57; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2673.

²⁷⁹ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1757. Egli ritiene che si possa ragionare estensivamente sul concetto di superfluità del processo, delineato dalla Corte costituzionale (Corte cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 81, già citata), come limite implicito all'obbligatorietà dell'azione penale. Cfr., altresì, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 9 ss.

che la sanzione penale non possa più assolvere al suo scopo e l'ordinamento favorisca l'impunità²⁸⁰.

Per quanto riguarda così il nostro principale oggetto di riflessione, ed in particolare la mediazione, posta in relazione con il sistema penale tradizionale, è indispensabile pensare ad una disciplina attenta alle interfacce tra il procedimento giudiziario e la pratica mediativa²⁸¹.

Con riferimento alla prima interfaccia (dall'autorità giudiziaria al processo riparativo), la mediazione penale può avere collocazioni procedurali diversificate, che fanno sorgere problematiche diverse. Nonostante si assista, nelle riforme più recenti, all'inserimento di tale processo riparativo in istituti, come la messa alla prova, che trovano una più frequente applicazione in sede di udienza preliminare o in fase predibattimentale, la dottrina dominante ritiene preferibile un tentativo di mediazione nella fase delle indagini, là dove i ruoli sono meno stigmatizzati dalle vicende processuali e un esito positivo della procedura mediativa potrebbe evitare integralmente il processo²⁸², fermo restando il rispetto di principi irrinunciabili, come quello di non colpevolezza.

Con riferimento all'interfaccia "a valle", tra agenzia di mediazione ed autorità giudiziaria²⁸³, è opportuno operare invece una distinzione fondamentale tra i profili procedurali della mediazione penale e la valorizzazione dei contenuti sostanziali della giustizia riparativa, che trova-

²⁸⁰ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, cit., 412 ss.

²⁸¹ G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 500 ss.

²⁸² F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 201; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 249 e 292; G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 18; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin.-quanto-e-riparatrice-la-giustiziariparatrice/view>, 10, con riferimento, in generale, alla giustizia riparativa.

²⁸³ Tale espressione è utilizzata da G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.

no la loro prima espressione nelle condotte riparatorie quale causa di estinzione del reato o comunque di esclusione della punibilità²⁸⁴.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, che ha mosso solo alcuni passi verso un riconoscimento effettivo della *restorative justice*, anche in conseguenza dei principi costituzionali di non colpevolezza e di obbligatorietà dell'azione penale, in ipotesi di composizione del conflitto, con rinuncia da parte del privato alla pretesa giuridica, l'effetto diversivo del procedimento penale si ottiene *de jure condito* – per quanto riguarda il diritto penale degli adulti e salve ipotesi particolari ed isolate – solo in caso di remissione della querela oppure, anche se con declinazioni particolari, nel microsistema del giudice di pace e nel sistema generale, con la riparazione, qualora sussistano tutti i requisiti richiesti dalle norme che disciplinano specifiche cause estintive. Qualche considerazione ulteriore, anche se di diverso tenore, potrà essere sviluppata con riferimento agli istituti della messa alla prova e della particolare tenuità del fatto, nell'ambito del sistema generale.

Sarà opportuno riflettere, in ogni caso, sulle potenzialità espansive degli strumenti *riparativamente* orientati, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, partendo proprio dall'analisi del microsistema di pace e dei recenti sviluppi del sistema penale codicistico.

²⁸⁴ Anche D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 663, distingue tra l'aspetto procedurale della mediazione ed i contenuti sostanziali dell'idea di giustizia ristorativa, nell'ambito della teoria delle risposte al reato.

CAPITOLO SECONDO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: DEFINIZIONI E PRATICHE

1. Alla ricerca di una definizione di giustizia riparativa

Una volta tracciato sommariamente il quadro in cui la giustizia riparativa si inserisce, si impone ora una riflessione sulla nozione e sui contenuti di questo modello di giustizia così multiforme, entro il quale, in presenza di determinati presupposti, si possono collocare anche le pratiche di mediazione e di riparazione.

1.1. Analisi di alcune definizioni proposte

Il compito non è semplice perché la dottrina mostra una certa difformità di vedute: il dibattito internazionale sulla nozione stessa di *restorative justice* è acceso e caratterizzato da forti contrapposizioni.

Anche se da prospettive divergenti, molti sostenitori della giustizia riparativa si propongono di individuare una definizione il più precisa possibile, per evitare ogni sorta di contaminazione con pratiche ad essa estranee¹.

¹ F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima* (2014), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3, sottolinea come una scelta definitoria precisa avrebbe il pregio di includere nel concetto di giustizia riparativa una serie di attività riparative dell'autore che rientrano in realtà nell'orbita della giustizia tradizionale, la quale, da sempre, attribuisce valore alle condotte volte ad attenuare o ad eliminare le conseguenze del reato. Come rileva G. JOHNSTONE, *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, in ID. (ed. by), *A Restorative Justice Reader. Texts, Sources, Context*, Cullompton, Willan, 2003, 1 s., secondo alcuni sostenitori della giustizia riparativa, molte pratiche rappresentate come "riparative", non sono affatto dei buoni esempi di *restorative justice*.

Quest'operazione nasconde tuttavia un rischio: tende a chiudere in categorie rigide le istanze sempre nuove alle quali l'operatore cerca concretamente di rispondere e di ostacolare, forse, più che promuovere, l'evoluzione del modello.

Tra le moltissime definizioni elaborate dalla dottrina², vorrei riproporre quelle maggiormente condivise.

² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 46 ss., ad esempio, ha cercato di distinguere, in base ai destinatari, quelle orientate sulla vittima del reato da quelle orientate sulla comunità, concetto ambiguo, utilizzato spesso in modo sfuggente, e con molteplici funzioni, nelle argomentazioni dei sostenitori della giustizia riparativa. Pone l'attenzione, in particolare, sulla tutela delle vittime M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, Ballmoor, Buckingham, Open University Press, 1991, *passim* e ID., *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., *passim*.

Per una riflessione sul ruolo della comunità, cfr. invece, P. MCCOLD, *The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles, and Conferencing*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, cit., 136 ss., nonché L. WALGRAVE, *La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme*, in *Criminologie*, 1999, vol. 32, n. 1, 14, che precisa come le definizioni di comunità siano "vaghe o addirittura contraddittorie"; A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 47, che parla di termine "ampio, vago e con più significati", nonché l'approfondita analisi di F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 90 ss., il quale elenca molteplici ruoli della *community*: vittima del reato, soggetto cointeressato alla risposta al reato, fonte di individuazione dei comportamenti che il diritto è chiamato a sanzionare, vero titolare del conflitto sociale, tessuto di relazioni sociali. Nel pensiero di Braithwaite, essa sarebbe addirittura uno strumento di pressione psicologica e di controllo del reo (pag. 147). Cfr. quindi, nella sterminata produzione bibliografica, P. BLUME LEONARD, *An Introduction to Restorative Justice*, in E. BECK, N.P. KROPF, P. BLUME LEONARD (ed. by), *Social Work and Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 31, nonché D.W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice. An introduction to Restorative Justice*, V ed., Waltham, Anderson Publishing Co., 2014, 23 ss., per una breve ricostruzione della storia della *restorative justice*, termine utilizzato, secondo gli autori, per la prima volta nel 1958 da Albert Eglash, per distinguere questa forma di giustizia (basata sulla *creative restitution*) dalla *retributive* (basata sulla pena) e dalla *distributive justice* (basata sul trattamento terapeutico). Sul punto cfr. approfonditamente anche G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo*, cit., 141 ss., la quale individua tuttavia delle fonti europee della più moderna idea di giustizia riparativa, citando il pensiero teologico tedesco (per merito di Schrey e Wanz) ed il pensiero del filosofo italiano Giorgio Del Vecchio, la cui opera *La Giusti-*

Marshall si riferisce efficacemente alla *restorative justice* come ad un “approccio *problem-solving*” rispetto al reato, o, più precisamente, ad un processo in cui tutte le parti interessate da un particolare reato si incontrano per decidere insieme come affrontare le conseguenze dell’offesa e le sue ripercussioni nel futuro³.

Questa definizione, però, è stata oggetto di critiche perché troppo ristretta: essa dimentica, ad esempio, di includere tutte le forme di giustizia riparativa che prescindono da una partecipazione diretta (incontro) di vittima ed offensore⁴.

Alcuni autori hanno così preferito individuare lo scopo fondamentale di questo modello di giustizia nel momento riparativo dell’offesa causata dal reato⁵ e concentrare la loro attenzione su questo profilo.

Johnstone e Van Ness ritengono che la riparazione costituisca un elemento fondante solo della *reparative conception*, che deve essere distinta dalla *encounter conception*, che si incentra sull’incontro tra la vittima e l’offensore, e dalla *transformative conception*, che valorizza lo studio e la rimozione delle cause che precedono il reato e possono porsi alla base di esso⁶.

zia e numerosi articoli pubblicati in lingua inglese circolavano ampiamente nella letteratura anglosassone di metà Novecento.

³ T.F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview*, cit., 5, dove è riprodotta come comunemente accettata la definizione, liberamente tradotta nel testo, che si riproduce testualmente: “Restorative justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implication for the future”. Tale definizione è richiamata, tra gli altri, anche da R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 52 e da D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 36.

⁴ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 23.

⁵ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 315; P. WALLIS, B. TUDOR, *The Pocket Guide to Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2008, 13: “Restorative justice is about repairing the harm caused by crime”. La più citata definizione, in questa prospettiva, è “every action that is primarily oriented towards doing justice by repairing the harm that is caused by crime”: G. BAZEMORE, L. WALGRAVE, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in ID. (ed. by), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Arm of Youth Crime*, Monsey, Criminal Justice Press, 1999, 48.

⁶ G. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS, *The Meaning of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 5 ss. Cfr. altresì l’esame delle diverse concezioni contenuto in F. REGGIO, *Giustizia*

Tutte e tre le concezioni prendono in considerazione questi elementi, ma attribuendo loro una diversa rilevanza.

La concezione orientata all'incontro (*encounter conception*) tende ad identificare la *restorative justice* con alcune pratiche "democratiche", quali la mediazione, poiché richiede irrinunciabilmente che alle parti sia data la possibilità di incontrarsi fuori dal sistema formale di giustizia e di decidere insieme come rispondere al crimine: gli eventuali professionisti rimangono in questo contesto sullo sfondo. Gli effetti fecondi del semplice incontro – considerato come fine autonomo della pratica riparativa – hanno portato Umbreit, ad esempio, ad affermare che esso deve essere considerato positivamente anche in ipotesi di assenza di accordo riparatorio (che ha un ruolo secondario), quando, grazie al ricorso ad un modello "umanistico" di mediazione, la vittima sia riuscita ad esprimere cosa il reato abbia comportato per la sua vita ed a ricevere delle risposte dal reo, mentre quest'ultimo abbia compreso il reale impatto umano del suo comportamento⁷. La *reparation* senza un preventivo incontro non può essere naturalmente considerata coerente con tale modello⁸.

La concezione orientata alla riparazione (*reparative conception*) ritiene, invece, imprescindibile una risposta riparatoria alla lesione, che il reato ha arrecato. L'importanza della dimensione partecipativa è riconosciuta, innanzitutto, per ripristinare il dialogo che è stato interrotto⁹, ma si può rimanere nell'ambito della *restorative justice* anche quando

dialogica, cit., 99 ss. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 72 ss., distingue invece tra modelli che valorizzano la riparazione e modelli che valorizzano l'aspetto comunicativo-relazionale del conflitto. M. ZERNOVA, M. WRIGHT, *Alternative Visions of Restorative Justice*, in G. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, cit., 93, utilizzano una diversa terminologia per le prime due ipotesi considerate, contrapponendo un modello basato sulla procedura (*process-focused*) ad uno basato sull'esito (*outcome-focused*).

⁷ M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, XXXVIII ss.

⁸ J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 7 ss., si sofferma criticamente sui valori che dovrebbero caratterizzare ogni processo riparativo, per essere correttamente considerato tale.

⁹ H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 26 ss.

l'incontro non sia desiderato dalla vittima, sia inopportuno o sia semplicemente impossibile¹⁰.

Gli obiettivi più ambiziosi, infine, sono quelli della concezione orientata alla trasformazione (*transformative conception*), che individua come fine della giustizia riparativa quello di “trasformare il modo in cui ciascuno di noi comprende se stesso e si relaziona con gli altri nella vita quotidiana”¹¹. Una risposta adeguata al crimine deve infatti spingersi fino ad indagare il contesto sociale e culturale in cui il reato si è manifestato, approntando i rimedi necessari.

Se, nelle opere dei diversi autori, l'approccio “riparatorio” sembra a prima vista prevalere, entro quadri teorici sempre più elaborati, anche per la sua capacità di prestare maggior attenzione alla differenza sostanziale che caratterizza normalmente le posizioni della vittima e dell'offensore, non è comunque facile cogliere delle espressioni “pure” di queste diverse concezioni, che vengono frequentemente integrate e rilette.

Nell'ambito della dottrina italiana, ad esempio, c'è chi valorizza la dimensione riparativa, ma afferma che la riparazione dovrebbe essere sempre preceduta da un percorso che aiuti il reo a riflettere sul conflitto e sulle cause che l'hanno originato nonché a ri-conoscere le proprie

¹⁰ L'incontro tra vittima ed offensore, ad esempio, viene considerato da F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 164, inopportuno, in caso di violenza su minori. Sulla problematicità del concetto di riparazione ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

¹¹ G. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS, *The Meaning of Restorative Justice*, cit., 15: “to transform the way in which we understand ourselves and relate to others in our everyday lives”. Cfr. G. JOHNSTONE, *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in H.V. MILLER (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008, 59 ss. Tra gli autori che hanno condiviso questa concezione vengono citati D. SULLIVAN, L. TIFFT, *Restorative Justice: Healing the Foundations of our Everyday Lives*, New York, Willow Tree Press, 2001. Si può leggere in questa prospettiva anche l'affermazione di J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, cit., 1: “RJ is not simply a way of reforming the criminal justice system, it is a way of transforming the entire legal system, our family lives, our conduct in the workplace, our practice of politics. Its vision is of a holistic change in the way we do justice in the world”. Più di recente cfr. il lavoro di K. CLAMP, C. PATERSON, *Restorative Policing. Concepts, theory and practice*, London & New York, Routledge, 2017.

responsabilità e la “globalità” del danno arrecato¹². La stessa mediazione, infatti, può rappresentare una forma di riparazione morale nei confronti della vittima¹³.

Altri collocano invece la *restorative justice*

sulle orme di una *giustizia dialogica*, la quale interviene perché la dimensione del dialogo intersoggettivo è stata violata, si pone l’obiettivo di ripristinarla, ed assume tale dialogo come strumento operativo e come condizione di validità¹⁴.

Proprio la ricostituzione di un confronto dialogico è considerata una componente fondamentale della riparazione.

Nella dottrina anglosassone la giustizia riparativa è stata recentemente letta in stretta connessione con la dimensione della fiducia, che deve essere adeguatamente considerata per comprenderne il significato. Il reato fa perdere alla vittima ogni fiducia: nell’offensore, innanzitutto, ma anche nella società, che non è riuscita ad assicurarle una garanzia di sicurezza. Attraverso questo modello di giustizia, ed in particolare attraverso la riparazione, si mira a consentire al reo ed alla società di riguadagnare la fiducia della persona offesa¹⁵.

Zehr e Mika, infine, individuano una serie di principi fondamentali della giustizia riparativa, tra i quali spiccano la promozione del dialogo “diretto od indiretto”, a seconda dei casi, tra le vittime e gli autori del reato ed il rispetto di tutte le parti, ma soprattutto la valorizzazione delle conseguenze dannose del reato più che la messa in evidenza della violazione delle norme e quindi lo sforzo verso la riparazione a favore della vittima¹⁶.

¹² A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 79. Così anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 100 s.

¹³ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

¹⁴ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 208.

¹⁵ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 25 ss.

¹⁶ H. ZEHR, H. MIKA, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, cit., 63 s.

Un'altra contrapposizione teorica, parzialmente sovrapponibile a quella già descritta anche se da una diversa prospettiva, si coglie tra un'opzione "purista" ed una "massimalista" di *restorative justice*¹⁷.

Nella concezione "purista" sostenuta da McCold, ad esempio, tale nuovo modello di giustizia, incentrato sul processo riparativo, deve essere integralmente alternativo ed estraneo a quello tradizionale, evitando di mutuarne metodi, prassi e concetti, rifiutando ogni forma di coazione e valorizzando il consenso, la volontarietà e l'informalità¹⁸. Come vedremo, in altri lavori l'autore offre un quadro completo e composito delle diverse pratiche anche parzialmente riparative, tenendo conto dei destinatari delle stesse, ma non ammette contaminazioni teoriche della *restorative justice*, come ideale che deve rimanere "puro" per poter giungere a permeare di sé completamente, nel futuro, il sistema tradizionale della giustizia penale¹⁹.

Da altra prospettiva, Walgrave condivide una concezione "massimalista" di *restorative justice*, integralmente applicabile alla giustizia penale, e la definisce come "un'opzione nel fare giustizia, a seguito della commissione di un reato, che è primariamente orientata alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale causato da quel fatto criminoso"²⁰. In linea con i sostenitori della concezione orientata alla riparazione (*reparative conception*), l'Autore afferma di preferire percorsi e soluzioni consensuali (mediazione, *restorative conferencing*, *sentencing*

¹⁷ Cfr. l'analisi di F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 109 ss. e di F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 3 ss. T. FOLEY, *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Oxfordshire, New York, Routledge, 2016, 199, parla, in una diversa accezione, di modello minimalista, in cui la giustizia penale tradizionale deve essere preferita, se è necessario procedere giudizialmente ad accertare la colpevolezza, a quella riparativa, che, al contrario, deve imporsi di fronte ad istanze di riparazione sul piano relazionale.

¹⁸ P. MCCOLD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 ss.

¹⁹ Cfr. l'analisi di M. ZERNOVA, *Restorative justice*, Aldershot, Ashgate, 2007, 53.

²⁰ L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008, 21, dove, integrando la definizione di Bazemore e Walgrave, già citata, si legge: "an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm, caused by that offence".

circles), che tuttavia non vengono ritenuti esaustivi. Il ricorso alla sanzione penale, o, addirittura, a forme di imposizione della riparazione, non viene infatti escluso, laddove necessario²¹. Viene piuttosto ritenuto irrinunciabile che il diritto assicuri il rispetto di alcuni principi (quali il giusto processo o la proporzionalità), anche nell'ambito dei procedimenti informali, previa una loro eventuale riformulazione per garantirne la compatibilità con il modello²².

Infine, in termini molto espliciti, Walgrave sottolinea la necessità di tenere distinta, nell'approccio al reato, una prospettiva pubblicistica da una privatistica: di fronte ad un'offesa penalmente rilevante, che ha un significato sovraindividuale, è pur sempre necessario l'intervento della pubblica autorità che esprima disapprovazione e risponda alla domanda di sicurezza valorizzando gli atti diretti alla riparazione²³.

Questa lettura è interessante. L'assoluta autonomia della giustizia riparativa è impensabile, visto che essa si avvale di definizioni e concetti, ma anche di istituti, della giustizia penale tradizionale; l'esistenza di un sistema penale e processuale è presupposta (più che esclusa) da gran parte dei sostenitori della *restorative justice*²⁴.

²¹ Cfr. L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 621.

²² L. WALGRAVE, *Restorative Justice and the Law. Socio-ethical and Juridical Foundations for a Systemic Approach*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton, Willan, 2002, 216. Sull'importanza di non soffermarsi unicamente sul risultato, ma anche sulle singole fasi del percorso che porta alla riparazione, il quale deve svolgersi nel rispetto dei diritti umani, si sofferma M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., 112 (tale profilo è sottolineato da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 61).

²³ L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 26 s. Per una diversa lettura, più marcatamente purista, cfr., nella dottrina italiana, F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 5 ss. Al contrario, parla di giustizia riparativa con valenza di carattere "integrativo" M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, n. 6, 123 ss., non diversamente dalla dottrina già citata nel primo capitolo.

²⁴ G.C. PAVLICH, *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, London, Glasshouse Pr., 2005, 14; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 138. Cfr. altresì F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 117.

Se si pensa alla mediazione penale nel quadro di un ordinamento positivo si devono considerare come imprescindibili almeno due legami con il sistema penale: la qualificazione penalistica del conflitto, a monte, e la disciplina degli effetti della mediazione sulla definizione del procedimento, a valle²⁵.

Addirittura, vi è chi afferma che la giustizia riparativa può essere stata ostacolata nella sua diffusione dalla dottrina che l'ha considerata un modello rigidamente alternativo a quello istituzionale²⁶. In senso analogo, alcuni "miti" della giustizia riparativa sono stati messi in discussione partendo dalla condivisibile constatazione per cui tale modello non può disinteressarsi della dimensione punitiva o pensare di prescindere interamente, visto che essa rimane la principale attività di risposta al crimine messa in campo da parte dello Stato. Non si può pensare che il paradigma riparativo sia contrapposto a quello retributivo, ma si deve piuttosto auspicare che le due prospettive si integrino, anche per evitare di essere pessimisti di fronte alle molte difficoltà che il nuovo modello incontra (non sempre vittima ed offensore trovano un terreno comune di incontro; non sempre il reo è disposto a chiedere scusa e non sempre la vittima è disposta ad accettare le scuse)²⁷.

Richiamando infine le fonti normative sovranazionali, nell'ambito della Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente "i principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale" (ECOSOC Resolution 2002/12), appare estremamente significativa a scopo definitorio la distinzione che è stata operata tra "processo riparativo" ed "esito riparativo".

Il "programma riparativo", definito nel suo complesso, deve avvalersi di "processi riparativi" e proporsi di raggiungere "esiti riparativi". Più specificamente, nei "processi riparativi" sono compresi quei percorsi in cui:

²⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 401.

²⁶ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 11.

²⁷ K. DALY, *Restorative Justice. The Real Story*, cit., 197 ss. Come evidenzia D. ROCHE, *Dimensions of Restorative Justice*, in *Journal of Social Issues*, 2006, vol. 62, n. 2, 235, in molte occasioni la *restorative justice* ha operato in modo più efficace proprio perché sullo sfondo si apriva la possibilità di un procedimento penale, in ipotesi di mancata cooperazione da parte dell'indagato.

la vittima, il reo e, dove è opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità che abbia subito le conseguenze di un reato partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte, con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore.

Tra gli “esiti riparativi”, consensualmente raggiunti, sono invece indicati:

risposte e programmi quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole²⁸.

Se il modello che le Nazioni Unite hanno deciso di fare proprio risente delle influenze esercitate dai sostenitori di una concezione di *restorative justice* incentrata sulla dimensione dell'“incontro”, non sono state del tutto dimenticate le istanze dei sostenitori della prospettiva della *reparation*²⁹.

Questa Risoluzione sottende una prospettiva particolare, ampiamente condivisibile. Si può parlare di un programma pienamente riparativo solo in presenza sia di processi che di esiti riparativi (almeno perseguiti); tuttavia non si può sottovalutare, anzi va evidenziata, la potenzialità degli esiti riparativi, purché intesi correttamente e non quali attività prescritte od imposte da un magistrato, che rispondono ad una logica coercitiva³⁰.

Quest'ultima precisazione, in negativo, è stata offerta in ambito nazionale anche dagli esperti del Tavolo di lavoro n. 13 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, chiamati a riflettere proprio sulla giustizia

²⁸ Cfr. testo in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>.

²⁹ L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., 88, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, 96, parla di “definizione ampia di *restorative justice*”.

³⁰ Cfr. *Relazione integrale del Tavolo 13* (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, presieduto dalla Prof. Grazia Mannozi e formato da dodici componenti esperti (punto 3. “Cosa non è giustizia riparativa”, pag. 19-20), in https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_relazione.pdf, 20.

riparativa quale tematica rilevante per l'esecuzione penale³¹. Se in questo lavoro si intende seguire senza alcuna incertezza la prima indicazione di metodo tracciata dal Tavolo 13 su “cosa non è giustizia riparativa”, troppo ristretta per essere condivisa appare invece la concezione della *restorative justice* incentrata sull’“incontro”, che è stata fatta propria dagli esperti. In quel contesto, infatti, la nozione di “giustizia riparativa” è stata identificata con quella di “processo riparativo”, richiamando così solo parzialmente la definizione offerta dalle Nazioni Unite nel 2002, e, sempre secondo gli esperti del Tavolo 13, la “partecipazione attiva” di reo e vittima e comunità alla gestione degli effetti distruttivi prodotti dal reato ed alla soluzione del conflitto da esso nascente è stata troppo rigidamente individuata come requisito imprescindibile di un percorso riparativo³².

Van Ness e Heetderks Strong, elaborando un modello più complesso, hanno individuato i valori fondanti della giustizia riparativa nell’incontro, nelle scuse (comprehensive di eventuali restituzioni), nella reintegrazione nella comunità e nell’“inclusione”. Quest’ultima deve essere letta come un diritto delle vittime, degli autori del reato e della comunità ad essere coinvolti nella risposta al reato ed al riconoscimento dei loro interessi e punti di vista. Perché un sistema od un programma sia considerato dai due autori “pienamente riparativo” tutti i valori fonda-

³¹ Come illustra la Coordinatrice del Tavolo 13, G. MANNOZZI, *Il documento finale degli “Stati Generali dell’Esecuzione Penale” in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 565 s., “Stati Generali dell’Esecuzione Penale” è la denominazione di una innovativa procedura di consultazione pubblica sui temi dell’esecuzione penale che è stata attivata nel maggio 2015, su impulso del Ministro della Giustizia Andrea Orlando, e che si è conclusa nell’aprile del 2016. Gli Stati Generali sono stati organizzati secondo un organigramma strutturato in 18 Tavoli tematici, ciascuno dei quali è stato coordinato da un esperto del settore e dedicato ad un aspetto specifico dell’esecuzione della pena. L’esito dei lavori dei singoli tavoli ed il documento finale sono stati consegnati alla riflessione della politica il 18 ed il 19 aprile 2016, presso l’Auditorium della Casa Circondariale di Rebibbia in Roma.

³² Cfr. *Allegato 3 - Nozione, caratteristiche e strumenti della giustizia riparativa alla Relazione del Tavolo 13* (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato) degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale, presieduto dalla Prof. Grazia Mannozzi, in https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato3b.pdf, 2 ss.

ti, nella loro massima espressione, devono essere rispettati. Solo l'ultimo valore, l'"inclusione", è tuttavia intangibile per un "sistema minimamente riparativo", che prende in seria considerazione le conseguenze dannose di un reato, con un accordo raggiunto a prescindere dall'incontro e/o con restituzioni o scuse³³.

È possibile quindi individuare diversi gradi di "riparatività" di un sistema o di un programma, e quindi forse allontanarsi dal centro ma senza per questo uscire dai confini della giustizia riparativa.

Alla luce di questo quadro molto complesso e sfuggente è difficile riuscire a ricostruire una definizione condivisa di *restorative justice*, ma, senza irrigidire eccessivamente le differenze e tenendo conto di alcune indicazioni offerte dalle Nazioni Unite, è comunque possibile individuare, nei diversi approcci, alcuni elementi comuni o istanze-chiave che rappresentano "un ideale luogo di convergenza" delle diverse prospettive³⁴ e consentono di cogliere i principali tratti riparativi, eventualmente graduabili, di alcune pratiche o anche solo le influenze di tali riflessioni nell'elaborazione di alcuni specifici istituti rilevanti per il sistema penale.

Alla diade "reato/pena" viene sostituita la diade "conflitto/riparazione"³⁵.

Visto attraverso le lenti della giustizia riparativa, infatti, il reato non è soltanto l'offesa di un bene giuridico protetto dall'ordinamento o, ancora più astrattamente, la violazione di una norma penale, ma è anche, e

³³ D.W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, cit., 149 ss. Quanto al "sistema minimamente riparativo", è necessario evidenziare una piccola differenza tra quanto descritto nel testo fino ad ora citato e quanto aveva affermato nel contributo D.W. VAN NESS, *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about a Restorative Justice System* (paper Presented at the Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles, October 2000, Tübingen, Germany), in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/vanness9/view> (egli afferma infatti, alla prima nota, di aver rivisto il testo predisposto per la seconda edizione del volume curato con la collega Heetderks Strong). Infatti, in questo diverso contributo, egli ritiene non necessario che si raggiunga effettivamente l'accordo, ma invece che sia sufficiente un contatto indiretto tra le parti. Per questa ragione, nel testo, ho utilizzato l'alternativa "e/o", nel rapporto tra accordo e restituzioni o scuse.

³⁴ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 53, nt. 1.

³⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 27.

innanzitutto, “interazione”³⁶, un’offesa arrecata ad un soggetto, che ha origine all’interno di un conflitto o comunque lo provoca, in quanto rompe una relazione: tale forma di giustizia può essere definita “relazionale”³⁷ e riporta l’uomo “nel diritto e al centro del diritto”³⁸, poiché “dalla interpretazione delle norme, si passa al dialogo interpersonale”³⁹. Differenziandosi in ciò dai citati modelli di penalità premoderni, in questo contesto viene riscoperta la centralità della persona e delle relazioni, ma il conflitto non viene mai considerato nell’esclusiva disponibilità delle persone coinvolte⁴⁰.

La pena tradizionale tende ad essere sostituita con istituti che hanno un significato riparatorio e viene incoraggiata l’assunzione di responsabilità e la riconciliazione tra le parti⁴¹: la vittima e l’offensore, con il sostegno della comunità, sono chiamati a tenere in considerazione le conseguenze che si producono con il fatto criminoso ed a cercare auto-

³⁶ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 287, usa questa efficace espressione.

³⁷ A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 78; G. PONTI, *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, cit., 3 (si propone di “instaurare nuovi e più fruttiferi rapporti fra i due protagonisti del sistema penale”); D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 40; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 22, pone l’accento sulla concezione del reato, “in termini di danno alle persone”. Come l’Autore precisa in diversi passaggi del suo lavoro (pagg. 85 ss., 202 s.) bisogna stare attenti, parlando solo di “conflitto”, a non sottovalutare che nel reato è implicita una violenza e che vi è una differenza fondamentale tra la posizione della vittima e quella dell’offensore, quale soggetto passivo od invece attivo della prevaricazione.

³⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 210 (cfr. anche 119). H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 31, individua una pluralità di offese che vengono in rilievo: all’autorità costituita, alle vittime, alla comunità ed allo stesso autore del reato.

³⁹ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 106.

⁴⁰ H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 183, nonché, come ricordato, L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 26 s. F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 87, evidenzia sul punto la diversa prospettiva di Christie e di Zehr: la riflessione dell’americano, infatti, non si spinge fino ad una conclusione di stampo abolizionista.

⁴¹ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 72, secondo il quale il concetto di giustizia riparativa, pur circondato da un alone di indeterminatezza, “non può non significare il *superamento del conflitto* in cui consiste il reato”.

nomamente soluzioni anche innovative, che promuovano la riparazione⁴².

La giustizia riparativa si fa carico del conflitto sotteso o generato dal reato in prospettiva riparativa e pacificatoria, favorendo l'incontro personale tra le parti⁴³. Questo modello, così, consente di guardare alla questione criminale superando la già citata visione orientata al solo autore, per allargarsi a comprendere le reali necessità delle vittime e della comunità in cui sono inserite, promuovendone la "rifondazione della dignità ed autostima"⁴⁴. Il reo, allo stesso tempo, non viene marginalizzato, ma diventa un co-protagonista nella gestione del conflitto, poiché la riparazione "passa necessariamente attraverso un suo gesto positivo nei confronti della parte offesa"⁴⁵. L'elemento consensuale è uno dei perni sui quali queste pratiche si fondano, nell'esito e nel modo di procedere: l'ordine non viene imposto alle parti, ma negoziato⁴⁶, per consentire loro di superare insieme la frattura, la rottura di un equilibrio, ed "incamminarsi più serenamente verso il futuro"⁴⁷.

Infine, la *restorative justice* si avvale, come vedremo, di strumenti autonomi ed originali, quali la mediazione, senza tuttavia rinunciare a giovare di tecniche di intervento già note alla giustizia tradizionale. Ben lungi "dall'emergere come un'araba fenice dalle ceneri del diritto penale" essa si pone come una evoluzione praticabile del "fare giustizia"⁴⁸.

⁴² J.P. DUSSICH, J. SCHELLENBERG, *Introduction*, in ID. (ed. by), *The Promise of Restorative Justice. New Approaches for Criminal Justice and Beyond*, Boulder Colorado, London, Lynne Rienner Publishers, 2010, 1, che valorizza anche il profilo della "rassicurazione". Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 95.

⁴³ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, cit., 16.

⁴⁴ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1788.

⁴⁵ A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 79.

⁴⁶ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 16, 27.

⁴⁷ M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 162.

⁴⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 94 s.

1.2. La centralità del momento riparativo nella definizione di restorative justice

Il quadro tratteggiato non può certo considerarsi esaustivo, nel momento in cui si riflette sui possibili contributi della giustizia riparativa a quella tradizionale. Si impone un ulteriore approfondimento sulla nozione di riparazione, che, sebbene non sia un requisito irrinunciabile per tutte le concezioni di *restorative justice*, rimane comunque costantemente sullo sfondo di questo modello⁴⁹.

1.2.1. La componente riparativa nella giustizia riparativa e nel diritto penale

Nonostante già alcuni autorevoli esponenti della Scuola Positiva – in polemica con la Scuola Classica che si era limitata a studiare unicamente la qualità e la quantità delle pene da irrogare alle varie specie di reato – avessero riconosciuto al risarcimento del danno (e non più in generale alla riparazione, in quanto ritenevano che l'offesa potesse essere riparata solo pecuniariamente)⁵⁰ un interesse pubblico ed una funzione sanzionatoria anche all'interno del sistema penale⁵¹, la riparazione è stata

⁴⁹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 30.

⁵⁰ R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1887, 3: “È chiaro che è impossibile lenire altrimenti quei dolori se non per mezzo di una riparazione pecuniaria la quale non sia limitata al risarcimento del solo danno materiale (come ad esempio la restituzione dell'oggetto rubato, il pagamento delle medicine o del salario perduto in caso d'infermità), ma debba tener conto di tutti gli altri elementi che per intenderci chiameremo danno *morale*”. Nonché, a pag. 6: “L'offesa non può essere riparata che pecuniariamente”. Cfr. sul punto anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 309 s.

⁵¹ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, cit., 6 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 379. Secondo A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 989, se, nel Progetto del 1921, che reca l'impronta del presidente della Commissione, Enrico Ferri, il risarcimento del danno (quale funzione dello Stato) era stato addirittura ricompreso nel novero delle sanzioni penali *tout court*, nel codice Rocco si ravvisa ancora una pur minima influenza di tale concezione nella prescrizione, all'art. 185 c.p., dell'obbligatorietà del risarcimento del danno da reato (oltre che nella circostanza attenuante comune della riparazione/risarcimento del danno), che rappresenta un *unicum* nell'ambito della legislazione europea contemporanea al codice, dove si riscontra inve-

normalmente esclusa dalle conseguenze penali del reato nell'ambito del diritto moderno e ristretta al contesto civilistico, poiché essa non è stata considerata un mezzo adeguato per risolvere il "conflitto sociale" nascente dall'illecito penale⁵².

Non diversamente, pur di fronte ad alcuni effetti penali del risarcimento del danno riscontrabili sul piano delle conseguenze sanzionatorie del reato⁵³, una parte consistente della dottrina, sia italiana sia straniera, ritiene ancora che la riparazione possa avere esclusivamente una natura civilistica ed assolvere a marginali funzioni nel diritto penale⁵⁴.

ce la netta tendenza a confinare la disciplina di tale istituto nella legge civile. Nel Progetto Ferri, infatti, agli artt. 90-99 (AA.Vv., *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Milano, Vallardi, 1921, 147 s.) si disciplinava il risarcimento del danno cagionato dal delitto, prevedendo un obbligo in capo al P.M. di chiederlo, insieme alla sanzione tradizionale, ed in capo al giudice di imporre con la condanna l'obbligo di restituire il tolto alla parte lesa od eredi e di risarcire il danno. Affermava dettagliatamente R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, cit., 41: qualora il reato commesso appartenga al novero *delitti naturali* ed il reo non rientri nella categoria dei "delinquenti temibili od inidonei alla vita della società", "il miglior mezzo repressivo sarà il costringerlo a riparare il danno materiale o morale di cui egli è stato causa. Sarà questa [...] la pena per lui più sensibile, la più utile all'offeso in cui essa farà scomparire il desiderio di vendetta, la più utile allo Stato, che potrà così diminuire il *budget* delle prigioni. Tutti ne saranno dunque contenti, salvo i soli rei, i quali pure ne riceveranno un indiretto vantaggio nell'essere così salvati dalla depravazione sempre maggiore della vita carceraria".

⁵² P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 87.

⁵³ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, 14 s., citando tra gli effetti penali del risarcimento del danno nell'ambito dell'ordinamento italiano l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., evidenzia l'intrinseco legame che avvince il danno all'illecito penale, "se è vero che può rifluire sulla valutazione del secondo l'intervenuta eliminazione del primo".

⁵⁴ H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 281 ss., per il quale "il diritto del risarcimento del danno, cioè la parte civilistica del fatto, riguarda la riparazione del danno materiale ed eventualmente morale causato dall'autore; la pena consiste invece nell'aggiunta di un male ulteriore". M.C. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, 245 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, V ed., Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, 655 ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, IX ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, 657 ss. Per la ricostruzione di varie posizioni cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 97. Nella dottrina italiana, è suffi-

Nella prospettiva della giustizia riparativa, si distinguono due concetti.

Il primo è un concetto ampio di riparazione, che, quale “attività positiva a favore della vittima o a favore della collettività”⁵⁵, in qualche misura mira a ripristinare l’ordine violato dal reato o a “porre rimedio alla lesione del reato”⁵⁶, sia con la reintegrazione del “bene pregiudicato dall’azione criminosa”⁵⁷, sia valorizzando i suoi aspetti immateriali e relazionali attraverso il dialogo, la ricostruzione del legame sociale interrotto, il rispetto, la dignità e l’autostima della persona offesa⁵⁸, il riconoscimento della sofferenza fisica e psicologica⁵⁹, in chiave di riparazione ad una sorta di “offesa complessa”⁶⁰.

ciente ricordare la ricerca approfondita di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., *passim*, anche per un’analisi delle molte problematiche poste dalla tesi che l’Autrice critica. Cfr. in ogni caso anche M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.

⁵⁵ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 8.

⁵⁶ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 25.

⁵⁷ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 988. L’offesa al bene giuridico può assumere naturalmente la forma di “danno effettivo o di messa in pericolo”, come precisa D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 178.

⁵⁸ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1788; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 68.

⁵⁹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010, 47; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70. Per una riflessione sul punto cfr. anche D. ROCHE, *Accountability in Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 27 e M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., XI, che definisce la riparazione come “actions to repair the damage caused by the crime, either materially (at least in part) or symbolically”.

⁶⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s., parla di riparazione del “danno complessivo subito dalla vittima”, e quindi di condotta rivolta a capire la sofferenza fisica e psicologica, oltre che meramente economica, della vittima. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 123, si riferisce ad un’“offesa complessa”, comprensiva del danno arrecato al vissuto soggettivo della vittima e del danno sociale, inteso tuttavia come rottura della comunicazione e dei rapporti tra le parti, oltre che del danno arrecato al bene giuridico.

Il secondo concetto è quello di risarcimento del danno, che rappresenta unicamente una forma di riparazione a carattere patrimoniale e di regola consiste nella corresponsione di una somma di denaro, tipica del diritto civile⁶¹.

Nonostante un'equa valutazione della dimensione economica del danno resti di fondamentale importanza⁶², anche per la difficoltà di individuare un equivalente monetario dell'offesa penale in tutte le sue componenti e soprattutto per l'ontologica insufficienza del risarcimento rispetto alla condotta lesiva nell'ambito del diritto penale⁶³, la riparazione può e normalmente deve avere un carattere almeno in parte non strettamente monetario, assumendo ad esempio, a seconda del reato commesso, la forma delle scuse formali, di prestazioni lavorative o di altri atti, eventualmente simbolici⁶⁴, che abbiano una connessione con l'offesa arrecata con il reato.

Tale forma di riparazione assume, poi, una rilevanza ancora maggiore quando il reo non abbia i mezzi sufficienti per risarcire integralmente il danno⁶⁵.

⁶¹ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 98: “La riparazione non coincide con il risarcimento del danno: può semmai, e non sempre, ricomprenderlo”. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 100 s. e C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 13, che distingue la “riparazione di ordine penale” dal “risarcimento civilistico del danno”.

⁶² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 105 ss.

⁶³ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 226, ritengono che non esista in natura “un parametro che consenta la commisurabilità di due entità eterogenee come la sofferenza e il denaro”.

⁶⁴ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 125, parla di un “disvalore di relazione bisognoso di tradursi in antitetico valore di relazione”.

⁶⁵ Questa soluzione, ad esempio, fu proposta nell'AE-WGM, il progetto di riforma sulla riparazione del danno elaborato da un gruppo di professori tedeschi nel 1992, su cui ci soffermeremo *infra*, per le ipotesi in cui l'autore non sia in grado di risarcire integralmente il danno a causa delle sue condizioni personali o economiche (§ 3). Cfr. C. ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 17; H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 297, sottolinea l'importanza di valorizzare anche il mero sforzo riparatorio, per attutire il pericolo di una “giustizia di classe”. Per l'esemplificazione cfr. anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 98; M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., XI; ID., *Quanto è riparatrice la*

Parlando di riparazione in questo contesto, si chiede al giurista di avvicinarsi al tema con una particolare sensibilità ed attenzione, poiché ci si muove in una dimensione a prima vista incoerente con le strutture ed i meccanismi tipici della giustizia penale⁶⁶. La riparazione della *restorative justice* va relazionata con il piano dell'offesa o più precisamente della lesione od esposizione al pericolo del bene protetto⁶⁷, fino a

giustizia riparatrice?, cit., 9; G. JOHNSTONE, *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, cit., 11; L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 27 ss., dove precisa che, in alcune ipotesi, si possono incontrare ostacoli insuperabili nell'attività riparatoria, che finisce per ridursi ad un'attività di conforto alla vittima.

⁶⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 114, sottolinea che “la giustizia penale, nel momento in cui recepisce strumenti e metodi della giustizia riparativa, inevitabilmente introduce un elemento incoerente con le sue strutture e con i suoi meccanismi”.

⁶⁷ Non si tratta quindi di semplice riparazione del danno civilisticamente inteso, anche se spesso, nonostante le lucide definizioni offerte dalla dottrina tradizionale (F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, Istituto Italiano Arti Grafiche, 1930), nei casi concreti, non è possibile tracciare una linea di demarcazione netta tra l'offesa ed il danno civile, come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 6, “complice la giurisprudenza, che lascia trapelare, soprattutto in tema di individuazione dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile in quanto “danneggiati” in senso stretto, una certa mancanza di chiarezza sulla dicotomia tra i concetti di danno e offesa”. Pur nella consapevolezza della complessità del tema, è vero, ad esempio, che nel concetto di offesa da riparare (o comunque sul piano dell'offesa) in questo contesto si possono includere (o ricondurre), senza ravvisare degli ostacoli insuperabili, le conseguenze, che sono suscettibili di essere eliminate, del reato sull'oggetto materiale dello stesso, da intendersi come “bene giuridico determinato” od “esemplare individuale del bene protetto”(cfr. pagg. 48 e 82 ss.). L'Autrice critica tale prospettiva, ma riconosce come proprio nell'ordinamento tedesco il danno ed il pericolo incidenti sul bene giuridico e determinanti il grado della violazione dell'interesse giuridico vengano sovente a coincidere con la lesione dell'“oggetto materiale”, inteso come “oggetto di riferimento dell'azione tipica” (a pag. 419 precisa che l'offesa tende ad identificarsi, in questo ordinamento, con la “manifestazione esteriore e materiale dell'offesa”). Secondo tale ricostruzione, i reati di pericolo concreto sarebbero caratterizzati da eventi di pericolo, intesi come esposizione a rischio di un “bene giuridico determinato”. Naturalmente, l'interconnessione tra oggetto giuridico ed oggetto materiale muta a seconda del bene protetto: più i beni sono interessati ad un processo di “volatilizzazione” e più si accentua il divario rispetto al bene materiale. È bene precisare, del resto, come i casi in cui già F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 148, aveva individuato gli esempi di un

ricomprendere il disvalore relazionale del fatto⁶⁸. Nella maggioranza dei casi, però, ci si scontra con la difficoltà, o impossibilità, di riparare integralmente, in forma specifica, l'offesa al bene giuridico (o danno criminale) con un comportamento successivo simmetrico a quello che ha integrato il reato⁶⁹.

In ogni caso, poi, anche qualora la riparazione fosse materialmente possibile, essa non potrebbe di regola sostituire la pena, almeno in base a quanto previsto nella parte generale del codice penale italiano, che riconosce il primato al disvalore d'azione su quello di evento ed al fatto sulla persona⁷⁰.

Per quanto riguarda gli illeciti delittuosi – a differenza delle contravvenzioni, per molte delle quali già esiste l'istituto dell'oblazione quale causa di estinzione del reato – nella parte generale del codice prevale “una logica non di tipo utilitaristico, ma assiologico-retributivo”⁷¹. Allo stato attuale, il recesso attivo, in ipotesi di delitto tentato, non esclude la punibilità, mentre, in caso di reato consumato, alla riparazione del danno mediante il risarcimento e/o le restituzioni, o alla

male inerente al fatto illecito che trovava la sua completa espressione nel danno, erano costituiti dai delitti meramente patrimoniali. La necessità della pena si ravvisava tuttavia comunque, come conseguenza di alcune caratteristiche del risarcimento, che lo rendevano insufficiente. Interessante, in tale prospettiva, appare anche la riflessione svolta da G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 170 s., in merito alle diverse concezioni dell'evento nella dottrina italiana: naturalistica, giuridica o, invece, dell'“evento significativo”. Secondo quest'ultima teoria (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, 431, condivisa anche da N. MAZZACUVA, *Evento*, in *Digesto disc. pen.*, Torino, Utet, 1990, 451), l'evento significativo rappresenterebbe un “accadere esteriore nel suo significato umano e sociale” ed opererebbe come requisito imprescindibile di ogni fattispecie. La riparazione potrebbe indirizzarsi proprio nei confronti dell'evento significativo.

⁶⁸ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 125.

⁶⁹ Come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 245 s., e come avremo occasione di evidenziare meglio *infra*, però, a differenza del risarcimento del danno, le conseguenze dannose e pericolose attengono proprio ai “riflessi del danno criminale (offesa tipica del reato)”. Cfr. anche M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 8.

⁷⁰ Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1170 s.

⁷¹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1171.

spontanea ed efficace elisione o attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il sistema risponde prevedendo soltanto una circostanza attenuante (art. 62 n. 6 c.p.) “che cristallizza in tal modo la *summa divisio* tra *offesa* penale (non eliminabile *ex post*) e *danno risarcibile* (sempre risarcibile, ma con effetti solo attenuanti)”⁷².

Come si può cogliere anche dalle definizioni di riparazione che sono state offerte, la difficoltà di riuscire a riparare integralmente ed in forma specifica l’offesa non sembra preoccupare eccessivamente i sostenitori della *restorative justice*, che pur pensano ad un’integrazione tra questa ed il diritto penale, poiché valorizzano forme di riparazione parziali o meramente “simboliche”, rivolte alla vittima ed alla collettività, che esprimano un “valore di relazione”, nella prospettiva dell’“offesa in senso complesso”⁷³.

⁷² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 893 ss. Un tanto è coerente proprio con la disciplina del recesso attivo (art. 56 c. 4 c.p.), anche se alcune forme di riparazione già riconosciute nel nostro ordinamento (su cui ci si soffermerà a breve) incrinano il modello di ravvedimento di cui all’art. 56 c. 4 c.p. (perché implicano non punibilità, anziché attenuanti): F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 357.

⁷³ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 125, sottolinea come un sistema penale che strutturi dentro di sé un’alternativa mediatrice scinda le componenti dell’offesa alla vittima e del danno al bene giuridico per interpretare in modo più completo il peso offensivo della condotta illecita. Comprensibile alla luce delle premesse, ma non condivisibile nella sua assolutezza è l’affermazione di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 47, per la quale l’offesa non sarebbe mai suscettibile di riparazione alcuna, sulla stessa linea di F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, cit., 143. Più aperta alla “riparazione” appare del resto la medesima Autrice in un testo successivo, D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione*, cit., 30, dove riconosce che il risarcimento del danno si manifesta sovente come “riparazione”, “tendendo a ripristinare qualcosa di più del “mero” danno civilmente risarcibile”. Ella afferma che “non è assodato che tale *quid pluris* coincida con l’“offesa” del reato, ma è certo che esso è più simile al danno/pericolo per il bene protetto che al danno civile”. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 131, in netto contrasto con il primo orientamento qui ricordato, già descriveva come cofunzionali al diritto penale quelle norme premiali che “diano rilevanza, laddove queste siano possibili, a complete reintegrazioni *ex post* del bene giuridico, in un primo tempo leso o posto in pericolo (condotte di salvaguardia *post factum* o di *restaurazione* del bene)”. A pag. 750 egli ne raccomanda vivamente la valorizzazione. Nello stesso senso cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 29 s., nonché T. PADOVANI, *Il*

La terminologia utilizzata può sembrare imprecisa o “atecnica”, allo sguardo del penalista⁷⁴, e richiede una precisazione. Dietro ad alcune affermazioni favorevoli alla possibilità di ripristinare l’ordine giuridico violato dal reato attraverso il mero coinvolgimento della collettività, si coglie infatti una concezione peculiare del danno cagionato dall’illecito penale, da intendersi come “danno sociale”⁷⁵. È questa però una nozione ambigua, alla quale la dottrina italiana guarda con sospetto e che non si ritiene utile considerare in questo contesto, nel quale ci si limiterà a riferirsi alla nozione di danno civile e di offesa al bene giuridico protetto, anche se nei termini più complessi, sopra indicati⁷⁶.

Quanto ai rapporti con la pena, invece, le riflessioni sulla giustizia riparativa esprimono un marcato favore per l’arretramento della sanzione penale intesa in termini tradizionali, unitamente alla valorizzazione del momento conciliativo e dell’esito riparativo in senso ampio, anche come serio sforzo a ciò indirizzato. Quali specifiche conseguenze questa valorizzazione debba comportare nell’ambito penalistico, in particolare ai fini sanzionatori, è un problema però di natura diversa, che impone di considerare le peculiarità dei singoli sistemi di diritto positivo.

Nonostante la regola generale che si è enunciata sulla scorta dell’esame della parte generale del nostro codice – e che comunque già “tradisce” un certo interesse anche per il mero risarcimento del danno,

traffico delle indulgenze, cit., 406 s., che parla di reintegrazione dell’interesse protetto, con cui si rafforza “l’aspetto della prevenzione connesso alla tutela dei beni giuridici”.

⁷⁴ H. ZEHR, H. MIKA, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, cit., 61, parlano addirittura di giustizia riparativa, che “seeks to heal and put right the wrongs”, ovvero, con traduzione nostra, che “cerca di curare e rimettere le cose a posto”.

⁷⁵ Come preciseremo in chiusura del capitolo, non è questa la prospettiva condivisa dal presente studio.

⁷⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 226, ad esempio, mette in luce come l’interesse pubblico alla non commissione dei fatti vietati sia la *ratio* del diritto penale e non un vero e proprio oggetto giuridico. Parla di motivo o fondamento del divieto anche F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, cit., 102, con riferimento alla lesione dell’interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza o dell’interesse alla tutela giuridica, seppur precisando che ciò vale per ogni torto giuridico. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 11 (e 279 ss.), descrive una natura ambigua del danno sociale, o danno pubblico, che verrebbe arrecato alla comunità con il reato, fatto reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa. Cfr. anche D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, cit., 38 s.

attraverso l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., "meritata" dall'autore⁷⁷ – non mancano casi in cui una parziale riparazione dell'offesa, intesa, di norma, come l'insieme delle conseguenze del reato rilevanti sul piano criminale, e generalmente non solo del danno civile, è ipotizzabile ed è stata considerata dal legislatore come produttiva di effetti estremamente favorevoli per l'autore del reato, fino all'esclusione della pena, nella parte speciale del codice o nelle leggi complementari⁷⁸. L'idea che il delitto non consenta di tornare più indietro, sì che altro non rimanga che subire la pena, "non appartiene alla politica criminale contemporanea in numerosi settori di intervento penale"⁷⁹.

Sebbene, effettivamente, tale "congerie molto eterogenea" di ipotesi di non punibilità per condotte sopravvenute e di riparazione risponda a tutto, fuorché ad "un chiaro disegno di politica criminale sanzionatoria"⁸⁰, anche sotto questo profilo l'immagine offerta dal modello della parte generale è solo parziale, "se non ingannevole"⁸¹.

Sono state individuate, ad esempio, tre diverse linee di sviluppo di una progressiva valorizzazione in tal senso delle condotte riparatorie. Una forma di riparazione si pone come "condotta antagonista finalizzata a scongiurare la lesione del bene giuridico o a reintegrarlo dopo l'avvenuta offesa", coerente con la logica della prevenzione generale; una seconda forma di condotta riparatoria è sviluppata funzionalmente

⁷⁷ H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 304, afferma che il risarcimento del danno, inserito nel diritto penale, conserva il proprio carattere civilistico, ma l'autore ha la possibilità di "meritare, attraverso il risarcimento del danno, conseguenze giuridiche penali meno gravi".

⁷⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 291, ricorda la prima ipotesi riparativa prescritta in una codificazione "italiana". L'art. 459, par. 3, del Codice criminale per gli Stati Estensi del 1855, riguardo al delitto di ingiuria, disponeva che il giudice potesse dichiarare l'autore tenuto ad una scusa verso la persona offesa o, in caso di rifiuto, al pagamento di una somma. La vita della norma, però, fu brevissima, perché il Codice Sardo del 1859 sostituì, abolendolo, il Codice Estense.

⁷⁹ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 6 s.

⁸⁰ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 5.

⁸¹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 897.

al perseguimento di istanze di specialprevenzione ed infine una terza viene incentivata per rispondere ad istanze di deflazione processuale⁸².

Nell'ottica della prevenzione generale, si ritiene che la riparazione perseguirebbe proprio la salvaguardia del bene tutelato ed incontrerebbe, almeno parzialmente, un già riconosciuto terreno di elezione in alcuni reati che, per la natura dei beni tutelati, ammettono una reintegrazione in forma specifica dell'offesa, come quelli che offendono beni di natura patrimoniale (art. 641 c. 2 c.p., fin dal disegno originario del codice penale)⁸³, o nelle ipotesi in cui la condotta *post factum* accede a reati di pericolo astratto in cui manca un'offesa consolidata al bene finale⁸⁴; in rapporto alle istanze specialpreventive, invece, la riparazione

⁸² F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 345.

⁸³ Come meglio evidenzieremo più avanti, è necessario ricordare, quanto all'esempio formulato (art. 641 c.p.), che non vi è certezza, in dottrina, sulla qualificazione dell'adempimento tardivo dell'obbligazione, come causa di estinzione del reato o causa di non punibilità (l'inquadramento come condizione obiettiva di punibilità (intrinseca) o, invece, elemento costitutivo del fatto, cui sembra riferirsi D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 502 ss., attiene all'inadempimento). Al di là delle peculiarità del reato citato, è opportuno precisare, in linea generale, con M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919, che nel sistema del codice del '30 il danno si può risarcire anche integralmente, ma ciò non è considerato sufficiente per eliminare l'offesa, neppure nei reati a contenuto patrimoniale, in quanto c'è un disvalore di azione che non si può elidere. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 185 s. (riprendendo quanto già ricordato di Antolisei) afferma che i reati lesivi del patrimonio, a causa della loro struttura, implicano una coincidenza tra il contenuto dell'offesa e quello del danno, nel senso che il danno civile rappresenta un elemento costitutivo del reato. Tuttavia, almeno concettualmente, i profili dell'offesa e del danno vanno tenuti distinti. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 365, analizzando la categoria delle cause sopravvenute di non punibilità, quali la ritrattazione (art. 376 c.p.) o la cattura dell'evaso rispetto all'evasione procurata per colpa (art. 387 c.p.), parla, in termini non troppo distanti, di "condotta antagonistica del reo rispetto all'offesa incriminata".

⁸⁴ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 346 s. Egli ravvisa in queste ipotesi – citando, come esempio, l'omissione di bonifica dei siti in materia ambientale (oggi art. 257 d.lgs. 152/2006), che, ove eseguita, rappresenta una causa di esenzione da pena per gli illeciti che hanno dato vita alla situazione di pericolo per l'ambiente e, invece, ove omessa, concorre come reato con i singoli illeciti di inquinamento, ed il reato di "illegitimo ripartizione degli utili" (art. 2627 c.c.), in caso di restituzione degli utili o di restituzione delle riserve, prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio, in

assumerebbe valore soprattutto in seguito alla condanna, ai fini del giudizio di meritevolezza soggettiva del beneficio, come nel caso della sospensione condizionale della pena⁸⁵.

Nel quadro del presente studio, oltre alla questione assai importante della valorizzazione del momento riconciliativo o mediativo in senso stretto (secondo una concezione della giustizia riparativa orientata all'incontro), si intende analizzare il ruolo che la componente riparativa può svolgere nell'ambito del diritto penale, entro confini da vagliare e tracciare adeguatamente, nella prospettiva di un'eventuale rinuncia alla pena nel contesto di una giustizia relazionale, in presenza di condotte spontaneamente riparatorie.

cui il bene giuridico intermedio di natura istituzionale è rappresentato dall'integrità del capitale sociale, mentre il bene finale è costituito dagli interessi dei terzi creditori – un trattamento simile a quello della desistenza, “nell'implicita premessa che il fatto descritto nel divieto infranto corrisponde di fatto a un tentativo incompiuto nei confronti dei beni giuridici finali che fondano la tutela penale, anche se non affiorano a livello di tipicità”. I casi di estinzione del reato delineati dagli artt. 2629 e 2633 c.c. (operazioni in pregiudizio dei creditori ed indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori) e dall'art. 341-bis c.p. (oltraggio), sono invece addirittura, in via eccezionale, collegati al semplice risarcimento del danno, comprensibilmente per la prima ipotesi, ma meno per la seconda. Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 285 ss. Cfr., altresì, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919 ss., il quale offre un quadro molto approfondito delle singole ipotesi di ravvedimento contemplate dal nostro ordinamento, citando – per quanto riguarda i casi di neutralizzazione dell'offesa oggettiva – anche la ritrattazione (art. 376 c.p.). Egli ricomprende nell'analisi l'istituto estremamente interessante dell'oblazione, che tuttavia supera i confini del presente studio, in quanto considera la riparazione solo marginalmente e comunque appare meno coerente con le istanze della *restorative justice*, in una prospettiva relazionale.

⁸⁵ Tale profilo è meno rilevante per lo studio che stiamo conducendo, volto a riflettere sulla rinuncia alla pena, più che sui mezzi per sostituirla, sospenderla od attenuarla, una volta irrogata. Anche per tale ragione, congiunta all'ancora più significativa esclusione della praticabilità di una giustizia propriamente relazionale in tale contesto, la disciplina dettata dal d.lgs. 231/2000, che si “limita” ad escludere le sanzioni interdittive (art. 17) e ad attenuare quelle pecuniarie in ipotesi di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e risarcimento integrale dei danni da parte della persona giuridica, non verrà approfondita, anche se merita di essere citata, come espressiva di una importante tendenza di sviluppo.

1.2.2. La riparazione e la pena

Affrontando il tema della riparazione nel diritto penale può essere utile un'ulteriore incursione nelle riflessioni di una certa dottrina penalistica, soprattutto tedesca, che anche per ragioni storiche non può essere ricondotta pienamente nel dibattito internazionale sulla *restorative justice*, ma che presenta, nei risultati raggiunti, alcuni profili di affinità con le espressioni meno estreme di tale approccio. Secondo alcuni autori, infatti, alla riparazione non è estraneo “il carattere di sanzione”. Non intaccando in generale la pretesa punitiva dello Stato, la riparazione può fungere senza ostacoli insuperabili da equivalente funzionale alla pena, dalla quale si può in concreto prescindere⁸⁶, quando ne vengano assicurate le medesime finalità sul piano della prevenzione generale e di quella speciale oppure laddove si riconosca la riparazione tra le finalità della sanzione penale stessa⁸⁷.

In una lettura non distante, la riparazione del danno, ritenuta idonea ad esprimere “un legame tra la componente reintegrativa del bene pregiudicato dall'azione criminosa e le finalità specialpreventive della sanzione penale”, è stata valorizzata in alcuni ordinamenti come causa di non punibilità nel segno di un diritto penale che non sia solo ritorsivo⁸⁸.

Una parte significativa della dottrina tedesca è giunta, nel corso della seconda metà del secolo scorso, ad enfatizzare il significato della riparazione nell'ambito del sistema penale, fino a concepirla, in prospettiva di riforma, come un peculiare “terzo binario” sanzionatorio (*dritte Spur*) accanto alla pena ed alla misura di sicurezza⁸⁹. E ciò, come

⁸⁶ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 21. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 283 ss., analizza criticamente tale prospettiva.

⁸⁷ Critico, sul punto, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152, afferma tuttavia ancora che non è del tutto chiaro come la riparazione si atteggi in rapporto agli scopi tradizionali della pena in senso stretto.

⁸⁸ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 988 s.

⁸⁹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 229, ritiene che parlare di “terzo binario” sia esagerato e precipitoso, perché esso non può operare dove non vi è una vittima in senso stretto e comunque non si può prevedere se

detto, senza dover ripensare alle funzioni della pena, visto che la riparazione può perseguire sia scopi generalpreventivi in senso positivo, sia scopi rieducativi. Sotto il primo profilo, la condotta riparatoria ed il superamento del conflitto tra reo e vittima contribuiscono all'integrazione sociale ed al ripristino della fiducia nell'ordinamento, appagando contestualmente il desiderio di giustizia della collettività⁹⁰; sotto il secondo, invece, le condotte riparatorie pongono l'autore del reato a contatto diretto con le conseguenze del fatto e con le sofferenze della vittima, superando i limiti intrinseci all'ideologia del trattamento⁹¹.

Un gruppo di professori di lingua tedesca⁹² nel 1992 elaborò un significativo progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*)⁹³, caratteriz-

in futuro l'istituto della riparazione si affermerà davvero in modo durevole. Condivisibilmente, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 328, 435 ss., precisa che se la *Wiedergutmachung* è prospettata teoricamente come terzo binario, in realtà – contraddittoriamente – essa realizza una forma di *absehen von Strafe* (cfr. *infra* AE-WGM) e ricorda come la maggior parte della critica tedesca alla *Wiedergutmachung* come terzo binario ne neghi l'autonomia nel contesto sanzionatorio.

⁹⁰ Come rileva T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 408, pur fuori da questa proposta teorica, sul piano dell'orientamento culturale, è forse più significativa la reintegrazione dell'offesa, alla quale segua una non punibilità, rispetto alla condanna, in quanto la legge prende atto che la minaccia edittale ha, seppur tardivamente, raggiunto il proprio scopo originario, rendendo inutile la sanzione.

⁹¹ Molto chiaramente, sul punto, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 ss.; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 10 ss.; cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 371 ss. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 894, parla a riguardo di una "speranza dei tempi moderni".

⁹² Provenienti dalla Germania, dall'Austria e dalla Svizzera.

⁹³ Cfr., ampiamente: AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit., 1 ss. (il § 1 definisce la *Wiedergutmachung* come "compensazione delle conseguenze del fatto attraverso volontarie prestazioni da parte dell'autore, finalizzate al ripristino della *pace giuridica*"; il § 2, in particolare, elenca le prestazioni che anche congiuntamente possono integrare la riparazione e consistono nel risarcimento per equivalente (a beneficio della vittima o di terzi che vantano un credito nei confronti di quest'ultima) o in prestazioni simboliche come elargizioni a favore di istituzioni di pubblica utilità, doni al *Verletzter*, scuse, dialogo in un percorso di ricomposizione del conflitto, prestazioni di lavoro, in particolar modo di pubblica utilità. La riparazione intesa come equivalente monetario del pregiudizio è solo una delle vie percorribili; qualora

zato dal fatto che la condotta riparatoria, valorizzata come strumento di restaurazione della “pace giuridica” e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena (*Absehen von Strafe*, § 4 *AE-WGM*), oltre che di mera attenuazione (§ 5 *AE-WGM*), in ipotesi di reati non tassativamente elencati, ma la cui pena detentiva da irrogare in concreto non fosse superiore all’anno⁹⁴, sempre che non sussistessero esigenze specialpreventive e generalpreventive contrarie (“sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull’autore o sulla collettività”)⁹⁵. Tale proposta, come vedremo, venne recepita solo parzialmente dal legislatore tedesco, con la riforma del 1994, ma suscitò un dibattito scientifico molto vivace che superò i confini di quell’ordinamento⁹⁶.

È necessario effettuare una precisazione. Nella prospettiva già delineata di una valorizzazione degli strumenti della giustizia riparativa che

essa sia parziale, viene comunque considerata sufficiente (anche per una rinuncia alla pena) se accompagnata da prestazioni supplementari, nei casi di particolari condizioni economiche e personali e di colpevolezza di lieve entità: § 3). Si deve evidenziare che la possibilità di cumulare le prestazioni mira ad assicurare l’uguaglianza sostanziale dei cittadini davanti alla legge, anche minando le sicurezze dell’autore economicamente agiato che si illuda di compensare le conseguenze del fatto attraverso la mera corresponsione di somme di denaro.

⁹⁴ Come rileva D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, l’istituto è considerato suscettibile di applicazione anche a fronte di delitti che offendono la collettività, quando, nei casi concreti, si instaura una relazione tra autore e vittima (diversa dalla persona offesa), che legittima l’istituto. A pag. 383, l’Autrice rileva che con oltre il 97% delle condanne si infliggono pene detentive di durata non superiore ad un anno.

⁹⁵ Come rilevava C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 23, non è ancora possibile, per i reati più gravi, ristabilire la pace giuridica con la sola riparazione. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 11 (e 281 ss.), afferma che il concetto di “danno sociale” (da lei collegato alla “pace giuridica”) parrebbe essere evocato nelle pagine che accompagnano la presentazione del progetto e proprio attraverso di esso si tenta di risolvere il problema della identificazione del bene giuridico protetto dalla norma violata e della differenziazione tra offesa e danno. Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 147 ss.; come precisa l’Autore, la riparazione veniva valorizzata nel progetto per sostituire la pena, per sospenderla, per attenuarla e come presupposto per la liberazione condizionale.

⁹⁶ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 279 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 990 ss.

consentano di favorire o suggellino la definizione alternativa dei conflitti penali, la nozione di riparazione considerata non è una “sanzione civile”⁹⁷, ma ha i caratteri di una condotta positiva, una prestazione volontaria, che ha il significato di un’assunzione di responsabilità (anche se non dichiaratamente penale) da parte dell’offensore con riferimento alle molteplici conseguenze negative del proprio comportamento, e si colloca in una fase antecedente alla condanna⁹⁸.

Pur nel diverso quadro teorico delineato, lo stesso vale per la dottrina tedesca, e per il Progetto elaborato (§ 1 AE-WGM, *Freiwilligkeitprinzip*), con una particolare accentuazione del profilo relativo alla responsabilità, che viene volontariamente ed autonomamente assunta⁹⁹.

La condotta deve avere un carattere “spontaneo”, proprio perché esprime il riavvicinamento del reo alla vittima, anche se tale spontaneità deve essere letta in termini di pura volontarietà (“quando il soggetto si determina indipendentemente dalla esistenza di circostanze particolari”)¹⁰⁰, che tecnicamente “non implica l’apprezzamento del processo motivazionale che ha deciso l’atteggiamento del colpevole”¹⁰¹. Tale

⁹⁷ Per questo, quindi, non si può condividere l’affermazione di H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 286, per cui ciò che si deve sanzionare solo civilmente non ha più nulla a che vedere con il diritto penale e processuale penale.

⁹⁸ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 334 s., spiega così la proposta (§ 12 AE-WGM) di abrogazione del § 153a, c. 1, parte 1, nn. 1 e 3 StPO, secondo cui, ai fini della rinuncia all’esercizio dell’azione penale, si prende in considerazione l’imposizione della riparazione dei danni conseguenti al fatto. Qui, infatti, l’applicazione della riparazione discende da una decisione unilaterale della Procura e non da una volontaria assunzione di responsabilità.

⁹⁹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 149, 231 s.; A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 597.

¹⁰⁰ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 336; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, 409.

¹⁰¹ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, cit., 1469. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919: l’ordinamento va a sindacare “le vere motivazioni solo nei limiti in cui la condotta appaia troppo condizionata da fattori esterni che la rendano quasi inevitabile”. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 610 s., parlando di desistenza e recesso, afferma che non vi è volontarietà ove siano presenti condizioni esterne che costringono il soggetto a desistere o recedere (impossibilità di ragionevole prosecuzione).

comportamento positivo successivo alla consumazione del reato – anche se il danno o il pericolo in cui si è concretata l’offesa non è sempre materialmente eliminabile – può presentare alcune affinità con la figura della desistenza volontaria o del pentimento operoso, almeno sul piano delle finalità della pena, in prospettiva funzionale alla tutela dei beni giuridici. La contro-azione incoraggiata si inserisce coerentemente in una prospettiva di tutela, sia pur tardiva, dei beni e merita un trattamento favorevole, in adesione alla teoria del “ponte d’oro”¹⁰².

Più di recente, infine, nella dottrina italiana è stata avanzata una proposta molto interessante la quale, anche recuperando dialetticamente alcune considerazioni svolte nell’ambito del dibattito tedesco sulla *Wiedergutmachung*, ha valorizzato al massimo la relazione esistente tra riparazione e pena, giungendo addirittura ad evidenziare come, se la pena “subita” è l’*ultima ratio* del sistema sanzionatorio, la teoria generale ed il modello di risposta al reato dovrebbero essere ripensati, ponendo al centro della riflessione l’obiettivo della riparazione dell’offesa.

La riparazione (comprensiva del risarcimento), in questa ambiziosa prospettiva, non sarebbe “un terzo binario del sistema sanzionatorio”, ma dovrebbe inserirsi a pieno titolo “alla base della risposta penale” – a differenza della mediazione, che, invece, non atterrebbe “al sistema delle sanzioni”¹⁰³ – e dovrebbe comportare una complessa ridefinizione delle cornici edittali che tenga conto *ab origine* del fatto che siano avvenuti o meno la riparazione ed il risarcimento e si basi su di una scala discendente “che prende le misure del sistema sanzionatorio dai delitti più irrimediabili ed irreparabili”¹⁰⁴.

¹⁰² F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, cit., 1459 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 468. Abbiamo già rilevato, sulla scorta delle riflessioni condotte da alcuni Autori, i problemi di coordinamento con la disciplina attuale del tentativo, che può porre il riconoscimento della non punibilità in ipotesi di riparazione. Come evidenzia M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 17, peraltro, “tutti i principali progetti di riforma optano per la non punibilità del recesso, equiparandolo alla desistenza”.

¹⁰³ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1207 s.

¹⁰⁴ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 11 ss. L’Autore partendo dalla considerazione per la quale la pena criminale comincia ad avere un senso o, nella maggior parte dei casi, possiede un senso completamente diverso a seconda che vi sia stata o sia possibile, oppure no, la soluzione del conflitto con la vittima o con il piano degli interessi o dei

L'idea di introdurre il "delitto riparato" come figura autonoma di reato, con autonoma cornice edittale, per rispondere almeno in parte a questa esigenza, è concettualmente molto significativa, soprattutto per lo sforzo di razionalizzazione della logica riparativa che essa sottende. L'avvicinamento della figura del "delitto riparato" a quella del delitto tentato, dal quale si differenzia anche perché non avrebbe la funzione di ridefinire, estendendola, l'area del penalmente rilevante delineata dalle singole fattispecie, rischia tuttavia di lasciare scoperta "la storia dell'offesa realizzata"¹⁰⁵, che può essere più gravida di effetti negativi rispetto alla storia di un'offesa non riuscita. La proposta, infine, allo stato ha un campo applicativo non chiaramente definito e non affronta la questione

beni protetti, propone che si giunga, fin dalla costruzione delle cornici edittali, a considerare la riparazione ed il risarcimento. Due sono gli strumenti: una nuova regola di parte generale, il delitto riparato, titolo autonomo da collocare vicino al delitto tentato e da mettere in relazione con esso, con una cornice edittale fortemente ridotta rispetto a quella attuale (se c'è stato anche il risarcimento la riduzione può essere ulteriormente accresciuta, anche oltre il livello sanzionatorio del tentativo); la ridefinizione delle cornici edittali di parte speciale secondo una logica volta a rafforzare la motivazione per risolvere il conflitto, attraverso una nuova e diversa proporzione – rispetto a quella della gravità corrispondente al disvalore del bene protetto – con due poli estremi che vedono da un lato i casi in cui il conflitto non può risolversi e dall'altro i casi in cui il conflitto è estinto.

¹⁰⁵ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 667. L'Autore ha mosso poi un'obiezione sul piano concettuale alla proposta di Donini (p. 654): "l'idea del delitto riparato come titolo autonomo spezza o nasconde l'unità del precetto, la regola di giustizia che fonda la tutela, della cui violazione si tratta". La proposta di Donini appare veramente interessante, anche se presenta delle criticità. Forse il principale problema si coglie nella difficoltà di rendere tassativo il concetto di riparazione. È pur vero che anche la nozione di atti idonei ed univoci non è ben determinata, ma il problema che si apre in questo contesto è ben diverso. Vista la relazione che si vuole instaurare con l'istituto del tentativo, non si può non riscontrare una profonda differenza, sul piano naturalistico, tra un reato che non è stato consumato ed un reato che è stato consumato, ma poi è stato "riparato", attraverso il ricorso a condotte che raramente consentono, come abbiamo visto, il ripristino dello *status quo ante* (è difficile affermare, in molti casi, che in presenza di risarcimento e "riparazione" residui soltanto il disvalore di azione, soggettivamente inferiore al disvalore del delitto tentato e mai riparato), ma sono spesso rilevanti solo su di un piano simbolico o relazionale e finiscono per imporre al giudicante, di fronte alla molteplicità dei reati che si possono configurare, delle ampie scelte di valore.

al centro del presente studio: quella della rilevanza delle condotte riparatorie nella prospettiva della non punibilità¹⁰⁶.

1.2.3. *Risarcimento del danno e punizione*

In una prospettiva ancora più ampia, dischiusa inevitabilmente da tali riflessioni, nel panorama di una certa dottrina penalistica e più in profondità di quella civilistica, non si possono che trovare conferme – seppur per lunghissimo tempo in chiave critica, per quanto riguarda l’esperienza italiana, sulla scorta di una giurisprudenza consolidata in tema di responsabilità civile, che solo con fatica è stata rimessa in discussione¹⁰⁷ – circa la possibile valenza punitiva, anche del solo istituto del risarcimento del danno non patrimoniale¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Il rischio insito nella proposta ripercorsa è quello di introdurre una norma con grandi ambizioni, ma destinata ad essere applicata in un numero limitato di casi o, all’opposto, capace di determinare degli effetti incontrollabili, vista la sua incisività in punto pena. M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., p. 13, nt. 20, prende atto che il vero problema, irrisolto, è quello dei reati senza vittima, dei delitti del tutto irreparabili e della disuguaglianza di chi non può risarcire. Il delitto riparato, titolo autonomo di reato che si andrebbe a costruire, poi, inciderebbe in senso marcatamente favorevole sulla quantità di pena, assolvendo ad una funzione che può essere ben svolta dalle circostanze, anche se con effetti ridotti, ed in particolare dalla circostanza di cui all’art. 62 n. 6 c.p., che potrebbe essere eventualmente riformata anche in chiave più favorevole. Più efficace e di immediata praticabilità appare allora, almeno a breve termine e in un contesto circoscritto, come avremo modo di vedere, delineare delle nuove ipotesi di esenzione da pena, in presenza di condotte riparatorie: esse – come l’Autore efficacemente rileva, peraltro con riferimento a quelle già esistenti – mettono in luce che la politica criminale è sempre più orientata a ripensare la riparazione ed il risarcimento in chiave costitutiva del rapporto punitivo, e non solo attenuante.

¹⁰⁷ Basti considerare la sentenza della Cassazione, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Dir. economia assicur.*, 2008, 2-3, 471, che ha affermato come nell’ordinamento italiano alla responsabilità civile sia assegnato “il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l’attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l’idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta”. Ha quindi escluso la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell’obligato e ritenuto del tutto incompatibile con il nostro ordinamento l’istituto dei danni

punitivi (nella specie, era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell'istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale; la sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco ed aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell'istituto dei danni punitivi (*punitive damages*) e, come tali, incompatibili con il nostro ordine pubblico). Più recentemente, nello stesso senso, cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. giur.*, 2012, 1068 ss. Cfr. però, in termini decisamente più innovativi, Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (ordinanza interlocutoria), in *Giur. it.*, 2016, 1854 ss., con cui la Corte ha rimesso gli atti al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite in ordine al tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Ciò in considerazione dell'evoluzione del concetto di "ordine pubblico", del fatto che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente considerato in termini esclusivamente compensativi, non assurge a valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento e della presenza di molte norme, nel nostro ordinamento, che prevedono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sanzionatoria (viene citato anche il recente d.lgs. 7/2016, sul quale ci soffermeremo nel quarto capitolo). Le Sezioni Unite si sono pronunciate con la sentenza Cass., SS.UU., 7 febbraio-5 luglio 2017, n. 16601, affermando che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non può considerarsi incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, visto che sono state introdotte diverse disposizioni volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento del danno. Per i danni punitivi è fondamentale che vi sia un'adeguata copertura normativa (e quindi i giudici italiani non possono imprimere "sogettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati", ma ciò vale anche per gli ordinamenti stranieri se si tratta di riconoscere una sentenza straniera), con precisa perimetrazione della fattispecie e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (nel rispetto del principio di proporzionalità), ma non vi è dubbio che l'istituto della responsabilità civile ha percorso una traiettoria particolare e, accanto alla sua primaria funzione riparativo compensatoria, è emersa una natura polifunzionale "che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva". Alla responsabilità civile, quindi, "non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile". Vedi su questi temi, anche E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 03, 500 ss., la quale, ad esempio, riconosciuta invece una prevalente funzione solidaristico-satisfattiva del danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano, si sofferma sugli spazi di una funzione più prettamente punitiva, che abbia riflessi solo sul *quantum*, valorizzando la gravità soggettiva dell'illecito o addirittura le condizioni economiche del danneggiante – quando quest'ultimo, consapevole delle proprie possibilità economiche abbia agito senza alcuna remora nei confronti della

Questo non può essere realmente commisurato ad un pregiudizio economico e determinato con agilità in termini monetari¹⁰⁹, ma viene spesso più o meno dichiaratamente liquidato sulla base di criteri che, pur tenendo conto delle sofferenze subite dal soggetto leso, ricomprendono anche profili tipicamente penalistici, quali la gravità dell'offesa¹¹⁰ ed il grado di colpevolezza dell'autore¹¹¹.

vittima e si possa inferire una maggiore rabbia e sofferenza da parte del danneggiato – ma escludendo del tutto fattori che fuoriescono dal danno oggetto di stima, come la capacità della condotta illecita di produrre un profitto che non viene neutralizzato dal risarcimento. Per un panorama della recente giurisprudenza italiana sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale cfr. G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 188 ss. e D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione*, cit., 30 ss. Cfr. altresì le riflessioni di M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, cit., 866 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 897 ss.; A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 1856 ss. nonché, approfonditamente, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 272 ss., che parla espressamente di riparazione del danno non patrimoniale come pena privata (che condivide con la pena vera e propria lo scopo retributivo e preventivo).

¹⁰⁸ Le Sezioni Unite Civili, con la nota sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008 (in *Giust. civ.*, 2009, 913), confermata anche successivamente per tali profili (Cassazione, 16 febbraio 2009, n. 3677, sez. Unite, in *Giust. civ.*, 2010, 1467), hanno infatti affermato che la categoria del danno non patrimoniale è ampia e generale, non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Esso deve liquidarsi con valutazione unitaria e omnicomprensiva di tutte le conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto illecito, ma senza duplicazioni, e, segnatamente, senza attribuire nomi diversi a pregiudizi identici *in rerum natura*. È comunque indispensabile considerare che anche in tale pronuncia si riconosce la necessità di operare una personalizzazione del danno non patrimoniale, senza offrire dei precisi criteri di riferimento. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 87 parlava di natura punitiva (non criminale) dell'obbligo di risarcimento del danno morale. Una forma particolare di risarcimento del danno non patrimoniale è la pubblicazione della sentenza di condanna *ex art. 186 c.p.*

¹⁰⁹ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 208 ss., evidenziano come si ritenga addirittura preferibile il termine “riparazione” del danno non patrimoniale. Cfr. anche D. CHICCO, *Minaccia*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 623.

¹¹⁰ Come rileva T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 379, un'ipotesi di “pena privata” è quella della riparazione pecuniaria prevista dall'art. 12 della legge 47/1948, secondo

In questa prospettiva, si è espressamente richiamata una sorta di “bipolarità, forse mai sopita, della responsabilità civile”, nel cui ambito non si colgono solo i profili riparatori, ma può essere dato ancora spazio a tecniche sanzionatorie aventi funzione di prevenzione e di repressione-punizione, utili per una strategia di tutela ampia e differenziata. In tutte le ipotesi in cui la tutela civilistica, rispettosa di alcune fondamentali garanzie quali il principio di legalità, ma maggiormente duttile nelle forme, appaia già di per sé adeguata ed efficiente, la tutela penale andrebbe esclusa¹¹².

cui “nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell’offesa ed alla diffusione dello stampato”. La riparazione non influisce tuttavia sull’applicazione della pena. Sul punto cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 167 ss., anche per le riflessioni svolte in ordine all’essenza giuridica dell’istituto, e G. BRIDDA, *Diffamazione a mezzo stampa*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, cit., 558 ss.

¹¹¹ Come illustra D. CHINDEMI, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 01, 198 ss., la liquidazione del danno non patrimoniale è necessariamente caratterizzata dalla equità, non sussistendo criteri automatici di liquidazione del relativo pregiudizio, ad eccezione dell’ipotesi, anche se non assoluta, del danno biologico da micropermanente nel codice delle assicurazioni (art. 139 cod. ass.). Già F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, cit., 160, affermava che il giudice terrà sempre conto, nella liquidazione del danno, del grado della colpa dell’autore e delle sue condizioni economiche. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 300 e di 390 ss., parla di gravità del reato e di situazione di fortuna del danneggiante. Cfr., altresì, A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 991 ss.; ID., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 592; D. CHICCO, *Abbandono di minori o incapaci*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, cit., 421 s.; M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1000; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 54. Seppur comprensibile per l’aspirazione ad una maggior scientificità del diritto penale, non si ritiene di condividere l’affermazione di M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 898 s., quando definisce la sanzione civile quasi come “matematica” e “prevedibile”, di regola svincolata dal dolo e dalla colpa.

¹¹² F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, cit., 1 ss., si soffermava attentamente sulle attitudini sanzionatorie del risarcimento del danno, in particolare non patrimoniale, in quanto difficilmente traducibile in un equivalente economico. L’Autore ricordava quindi, da un altro punto di vista, i danni punitivi o esemplari nell’ambito del diritto civile, quali strumenti di tutela di grande interesse per

Se, quindi, si opera correttamente la netta separazione in ambito penale tra la riparazione ed il mero risarcimento del danno¹¹³, a determinate condizioni e di certo non per tutti i reati¹¹⁴, il risarcimento può contribuire a conseguire efficaci risultati sia sul piano della soddisfazione della vittima che della punizione del colpevole, soprattutto in una prospettiva preventiva intesa in senso positivo (rinsaldamento del “rapporto d’integrazione del cittadino nel contesto sociale” e risocializzazione)¹¹⁵.

il penalista. Tale sorta di “eticizzazione” della responsabilità civile si verificava, secondo l’Autore, proprio nel momento in cui il discorso sulle funzioni della pena tendeva a smorzarsi. A conferma delle indubbie finalità di tipo sanzionatorio-punitivo alle quali può assolvere anche il risarcimento del danno, basti considerare il frequente ricorso in sede civile, in particolare nell’ambito degli ordinamenti anglosassoni, ai c.d. *punitive damages*, che tuttavia rappresentano normalmente una voce di danni autonoma, diversa da quella relativa ai danni non patrimoniali, la cui commisurazione si effettua con riferimento ai parametri della gravità dell’offesa, dell’intensità dell’elemento psichico (*malice*), della capacità patrimoniale dell’obbligato o del profitto conseguito, ma la cui liquidazione è nei fatti spesso sproporzionata, in violazione di ogni garanzia (la manifesta eccessività dei *punitive damages* è stata censurata per violazione della clausola c.d. del *due process of law*, sancita nel XIV emendamento della Costituzione federale, dalla Suprema Corte: *BMW of North America v. Gore*, in *Foro it.*, 1996., IV, 421). Cfr. A.M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano Giuffrè, 2006, 201 ss.; A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 383; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 179 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, II ed., Milano, Giuffrè, 2002, 386 s.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 294 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 375 ss. Per una riflessione sulla possibile natura di danno punitivo del risarcimento di cui all’art. 709-ter c. 2 c.p.c.: P. MINEN, *Delitti di sottrazione di minori ed incapaci*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, cit., 322 s.

¹¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 6, definisce la pena come “sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio”.

¹¹⁴ A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 390, indica come sede privilegiata quella legata alla piccola e media criminalità contro il patrimonio.

¹¹⁵ A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 599.

Se ci si riferisce a reati non particolarmente gravi, ma che comunque non meritano di essere depenalizzati, l'interesse alla reintegrazione è prevalente nell'opinione pubblica e la reazione punitiva statale è considerata solo in via sussidiaria rispetto alla realizzazione di prestazioni risarcitorie¹¹⁶. Il bisogno di vendetta della vittima si risolve nel desiderio di una riparazione materiale e la persona offesa è spesso disposta a riconciliarsi quando l'imputato riconosce il danno causato e risarcisce¹¹⁷. Il preteso "pragmatismo" di una "riparazione" di questa natura, quindi, non deve essere indiscutibilmente contrapposto agli "elevati ideali etici del diritto penale", soprattutto quando consente di ricomporre efficacemente il conflitto insorto¹¹⁸.

Nel delineare attentamente i presupposti di un'eventuale rinuncia alla pena, bisognerebbe tuttavia porre attenzione all'individuazione di contemperamenti o correttivi, che tengano conto dei principi costituzionali e dei profili negativi della prevenzione. Da un lato, è necessario evitare in maniera ferma che – anche solo per alcuni reati – si possa sistematicamente ricorrere ad una monetizzazione della responsabilità penale, consentendo addirittura all'autore di reato, dotato di sufficienti

¹¹⁶ C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1230 s.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 18 s.; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 12; M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, cit., 873; G. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Indice pen.*, 1990, 323; M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1006; ID., *Profili critici della vittimo-domatica*, cit., 27; C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., 531 e A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 989, si riferiscono in tal senso ad alcune indagini empiriche, richiamando soprattutto gli studi di D. FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 354, coglie tale profilo nelle lesioni colpose in ambito medico e stradale. La stessa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 21, molto critica in tema di riparazione, riconosce tuttavia che il risarcimento si trasforma spesso in strumento idoneo laddove si intendano ripristinare gli equilibri tra autore e vittima del reato commesso.

¹¹⁷ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 291; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 228.

¹¹⁸ G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 137, nel proporre questa lettura denuncia un errore diffuso: quello di presupporre "che il diritto penale debba inculcare ideali etici, invece che impegnarsi ad aiutare a porre le basi della convivenza".

mezzi economici, di calcolare in anticipo l'entità della somma che gli assicurerebbe un'esenzione dalla pena tradizionale e, dall'altro, è necessario evitare, con dei limitati correttivi, che chi è privo di sostanze sia costantemente escluso dalla possibilità di ottenere un trattamento più favorevole, accedendo ad alcuni istituti¹¹⁹. Allo stesso tempo, è necessario impedire che il diritto penale venga asservito al soddisfacimento di finalità meramente economiche della persona offesa.

Il bilanciamento tra le diverse esigenze – e l'esperienza italiana lo dimostra – non è tuttavia sempre privo di difficoltà.

2. *Forme e pratiche della giustizia riparativa*

Gli strumenti e/o le pratiche riconducibili alla giustizia riparativa sono veramente molteplici e non sempre possono essere tratteggiati con precisione, anche per la notevole ampiezza e varietà delle definizioni proposte. A testimonianza di ciò basti evidenziare come anche in dottrina si avvicini molto strettamente la riparazione alla mediazione (riparazione-mediazione, come entità congiunte da un "trattino")¹²⁰, che pur costituiscono concetti distinti e definiti. Si tratta di un uso diffuso dovuto alle molte connessioni che essi presentano e all'unico sfondo ideale in cui si inseriscono nell'aprire una nuova via nelle risposte al crimine, alternativa alla pena tradizionale e capace di restituire voce alla vittima del reato.

Se avremo modo di cogliere la vitalità di tale endiadi e di riprendere le considerazioni svolte sul significato della riparazione valorizzando le condotte che possono essere qualificate come "esiti riparativi", è necessario dedicare qualche breve cenno alle pratiche più significative che vengono costantemente celebrate dai sostenitori della *restorative justice* e che possono essere ricondotte alla categoria dei "processi riparativi",

¹¹⁹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1210, rileva, peraltro, come la selezione classista o categoriale dei tipi di autore a rischio carcerario dipenda dalla società e come, se la società è disuguale, il diritto penale non possa che riflettere quella situazione.

¹²⁰ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

così come delineata dalle Nazioni Unite. All'interno di questa, la mediazione penale svolge sicuramente un ruolo primario per la sua ampia diffusione nel contesto europeo.

Tali pratiche condividono l'esigenza di un confronto autenticamente dialogico tra le parti e sono caratterizzate da "elementi di unicità rispetto alle forme storiche nelle quali il processo si è tradizionalmente manifestato"¹²¹.

2.1. Un quadro generale dei principali processi riparativi

Nonostante l'*International Scientific and Professional Advisory Council (ISPAC)* delle Nazioni Unite abbia elaborato un'indagine approfondita dei programmi di giustizia riparativa in seno ai lavori preparatori del Decimo Congresso in tema di "Prevenzione dei reati e trattamento dei reati" svoltosi a Vienna, nell'aprile del 2000, giungendo ad elencare ben 13 diversi strumenti (tra i quali rientrano, ad essere precisi, anche alcuni semplici esiti, come le "scuse formali")¹²², nell'economia del presente studio possiamo limitarci a ricordare i tre principali processi, indicati dalla Risoluzione delle Nazioni Unite del 2002 e dalla Direttiva 2012/29/UE¹²³, nonché qualificati costantemente come riparativi dalla dottrina sostanzialmente unanime: la mediazione, il *conferencing* ed i *circles*¹²⁴.

¹²¹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 138.

¹²² Tale ricognizione è consultabile all'indirizzo: http://www.restorativejustice.org.uk/resource/unitednations_basic_principles_on_the_use_of_restorative_justice_in_penal_matters/. Per una riflessione sul punto cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 147 ss. e G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 127 ss.

¹²³ 46° Considerando della Direttiva, dove vengono richiamati a titolo esemplificativo.

¹²⁴ Cfr. AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004, 26 ss.; F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 7; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia*, cit., 59 ss.; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, Helsinki, European Inst. for Crime Prevention and Control, 2007, 29 ss.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 76 ss.; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit.,

In verità, McCold e Wachtel – che propongono una singolare classificazione degli strumenti riparativi, fondata sui loro destinatari – ritengono che solo il *conferencing* ed i *circles*, a differenza della mediazione, potrebbero considerarsi “completamente riparativi”, perché includono anche la comunità tra i destinatari dell’intervento, insieme al reo ed alla vittima¹²⁵.

Nonostante questa peculiare lettura, la mediazione penale, che può essere ricondotta alla categoria dei “programmi di riconciliazione autore-vittima”¹²⁶ ed è normalmente caratterizzata dall’incontro tra le due parti, rappresenta senza dubbio lo strumento più conosciuto e diffuso anche per la sua estrema duttilità e possibilità di essere attivato in diverse fasi procedurali. Ad esso verrà dedicato uno specifico approfondimento, per la maggior importanza che riveste nelle riflessioni che avremo modo di svolgere.

Il *conferencing* ed il *circle*, invece, sono molto meno familiari al giurista europeo, essendo sperimentati soprattutto oltreoceano.

I ss.; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 30 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 134 ss.; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 58 ss.; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2007, 73 ss.; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, cit., 293 ss. M.M. WILLIAMS-HAYES, *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, Ann Arbor, Mich., Univ. Microfilms Intern., 2002, 9 ss., si sofferma solo su mediazione e *conferencing*. È bene precisare fin d’ora che la Risoluzione cita anche la semplice “conciliazione”, come possibile processo riparativo, nei casi in cui essa presupponga però un coinvolgimento attivo delle parti (un tanto è imposto dalla definizione generale). Su di essa, quindi, dalla fisionomia meno definita, non ci soffermiamo in questa sede, visto che le condizioni richieste non sempre sussistono nella pratica, e che la dottrina normalmente la esclude dalle procedure strettamente riparative. Torneremo tuttavia sulla questione parlando della disciplina italiana del giudice di pace, che presenta una pur problematica forma di conciliazione riconducibile, in qualche misura, al modello.

¹²⁵ P. MCCOLD, T. WACHTEL, *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice* (2003), in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=424>: la mediazione costituirebbe un approccio solo “principalmente riparativo”.

¹²⁶ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 77.

Il *conferecing* o, più precisamente, *Community* o *Family Group Conferencing* (“dialogo esteso ai gruppi parentali”)¹²⁷ è una sorta di mediazione allargata, in cui non solo il reo e la vittima, con i rispettivi avvocati, ma soprattutto i familiari e gli amici delle parti¹²⁸ e, in alcuni casi, rappresentanti istituzionali delle comunità di appartenenza (insegnanti o membri di un’associazione alla quale essi appartengono) o, a volte, agenti di polizia – quando tale strumento viene da loro utilizzato come alternativa all’arresto¹²⁹ – decidono collettivamente come gestire la soluzione del conflitto. La presenza di questi soggetti è spesso funzionale a dare un supporto al reo, affinché acquisisca consapevolezza del proprio comportamento¹³⁰, mentre la presenza di un terzo (*facilitator*) facilita lo svolgimento degli incontri, essendo egli chiamato a preparare le parti all’incontro, a stabilire l’ordine dei colloqui ed a dirigere la discussione sul fatto di reato e sulle modalità di riparazione. L’accordo riparatorio, per assumere validità, deve ricevere il consenso di tutti i partecipanti ed il facilitatore è chiamato ad un ruolo attivo, nella ricerca creativa di soluzioni che possano comporre le diverse posizioni di tutti i soggetti coinvolti.

L’ammissione di colpevolezza da parte del reo – almeno di regola – costituisce un presupposto fondamentale per l’attivazione, anche perché vittima e reo vengono trattati in modo molto diverso nel corso della procedura¹³¹. In alcune ipotesi la vittima può essere addirittura assente e, in tal caso, il procedimento riparativo ha come obiettivo la responsabilizzazione del reo, più che la riparazione¹³².

¹²⁷ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 148; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 73. I nomi utilizzati sono comunque molti: M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 80.

¹²⁸ F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 12.

¹²⁹ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 34.

¹³⁰ D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 73.

¹³¹ M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 83; C. PERRIER, *Criminels et victimes: Quelle place pour la réconciliation?*, Charmey, Les Éditions de l’Hèbe, 2011, 51; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 33. La descrizione dei caratteri fondamentali dei diversi processi è tratta principalmente, ma non soltanto, dalla già citata ricognizione che è stata operata dall’ISPAC.

¹³² D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 74.

Questo modello è nato in Nuova Zelanda ed è oggi utilizzato, in questo contesto, soprattutto nell'ambito della giustizia minorile, con effetti molto positivi sui tassi di recidiva¹³³. Le ragioni di tale radicamento si possono cogliere nell'influenza esercitata dalla cultura delle comunità Maori, per le quali la famiglia e la comunità, "che non sovrasta il singolo – come avviene nel rapporto istituzioni-individui – bensì enfatizza l'importanza delle relazioni tra soggetti nella costruzione delle personalità individuali"¹³⁴, rivestono un ruolo di singolare importanza, capace di favorire la maturazione psicologica dell'offensore¹³⁵. Si stanno comunque diffondendo nuove esperienze anche per i reati commessi dagli adulti, sempre con la possibilità di condurre il *conferencing* in assenza della vittima o in presenza di una vittima "virtuale", che abbia magari subito un reato simile o appartenga alla medesima comunità, al fine primario di promuovere la responsabilizzazione del reo con il supporto della sua famiglia¹³⁶.

¹³³ G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia*, cit., 60; D.J.O. OMALE, *Restorative Justice and Victimology – Euro-Africa Perspectives*, AH Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012, 60. In AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 28, e M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 80, si fa cenno anche ad alcune esperienze in Gran Bretagna, in R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 78, ad esperienze in Belgio, mentre il medesimo autore, A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 62 e L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 297, citano esempi australiani, come quello della città di Wagga Wagga. I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, n. 9, 292, infine, citano gli esempi australiani, canadesi, statunitensi nonché della Gran Bretagna. Per un'analisi approfondita delle esperienze neozelandesi ed australiane cfr. B. SPRICIGO, *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1924 ss.

¹³⁴ B. SPRICIGO, *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia*, cit., 1941, parlando delle *non-state societies*.

¹³⁵ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 78; D.J.O. OMALE, *Restorative Justice and Victimology – Euro-Africa Perspectives*, cit., 58; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 34 ss. Cfr. anche T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 33.

¹³⁶ AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 19; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 154 s.

Il *circle*, invece, o, ancora una volta per maggior precisione, *Sentencing/Peacemaking Circle* (“consigli commisurativi”)¹³⁷, diffuso in Nord America ma sostanzialmente sconosciuto in Europa, è caratterizzato da una forma di *partnership* tra la comunità di appartenenza ed il sistema di giustizia formale, di norma, per la determinazione della sanzione a contenuto riparativo da infliggere al reo (sentenza concordata), tenendo conto delle necessità di tutte le parti¹³⁸. Tale processo è pensato soprattutto per i casi più gravi, già accertati o confessati, e si svolge in forma pubblica, con la presenza di molte persone: il reo, la vittima, i legali, le famiglie, tutti gli interessati della comunità, ma anche i giudici, il pubblico ministero, i funzionari dei servizi sociali¹³⁹. Intorno ad un “cerchio”, che può ripetersi in fasi successive, ciascuno può esprimere le proprie opinioni ed esigenze nella ricerca condivisa di una piena comprensione del fatto e del contesto in cui esso è maturato, per individuare collettivamente sia un programma riparativo che abbia come beneficiarie tutte le parti interessate sia il modo per prevenire futuri reati. Tale strumento assume quindi un significato molto ampio, promuovendo una maggior integrazione tra sistema legale, istituzioni civili e comunità¹⁴⁰.

Il cerchio rappresenta un elemento simbolico importante: i punti della circonferenza sono equidistanti rispetto al centro. Ciò vale a sottoli-

¹³⁷ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 148. Cfr. E.G.M. WEITEKAMP (ed. by), *Developing Peacemaking Circles in a European Context*, Tübingen, Institut für Kriminologie der Universität Tübingen, 2015.

¹³⁸ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 34 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 79. D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa*, cit., 1911, ricorda che ai *Native American Sentencing Circles* delle popolazioni indigene in Minnesota è stata riconosciuta rilevanza giuridica sin dalla fine degli anni Ottanta.

¹³⁹ La presenza del giudice e del pubblico ministero rappresenterebbe la differenza più significativa rispetto ai modelli citati sopra: AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 19; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 75.

¹⁴⁰ Cfr. AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 29; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 303; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia*, cit., 60 s. Cfr. anche D.J.O. OMALE, *Restorative Justice and Victimology – Euro-Africa Perspectives*, cit., 60 s.

neare che tutti i soggetti coinvolti si trovano nella medesima situazione, senza gerarchie, per ricercare una soluzione¹⁴¹. La sanzione concordata deve comunque essere approvata dal giudice presente, che l'applicherà¹⁴².

2.2. In particolare: la mediazione penale

La mediazione penale (*victim-offender mediation*), quale modello consensuale di gestione dei conflitti, è indubbiamente la più diffusa e studiata forma di giustizia riparativa. Essa tende ad essere identificata, a volte, con la *restorative justice* stessa¹⁴³.

Di fronte ad una certa confusione terminologica che si è riscontrata nella prassi, nel momento in cui tale pratica si è affermata anche in ambito europeo, l'attenzione degli studiosi è stata rivolta alla ricerca di una sua compiuta definizione, che secondo la dottrina maggioritaria è stata ritrovata nel:

¹⁴¹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 39 s.

¹⁴² A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 64; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 84.

¹⁴³ M.S. UMBREIT, R.B. COATES, B. VOS, *The Practice of Victim Offender Mediation: A Look at the Evidence*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 692; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 294; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 63; D. SPENCER, M. BROGAN, *Mediation Law and Practice*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006, 150; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 50; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 31; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 58; M.S. UMBREIT, A. WARNER ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, cit., 63, la definiscono: "una delle più importanti espressioni della giustizia riparativa". Come precisa G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in ID. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 6 ss., il termine "mediazione" va distinto dal termine "conciliazione". Con quest'ultimo ci si riferisce, soprattutto nel diritto privato, ad un fenomeno che rinvia ad una vasta gamma di istituti: la conciliazione giudiziale, quale forma idealtipica di definizione della controversia all'interno del processo, e le varie forme di conciliazione esterna al processo, su base contrattuale, più o meno articolata (transazione ed arbitrato).

processo, il più delle volte formale, attraverso il quale una terza persona neutrale tenta, attraverso l'organizzazione di scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li contrappone¹⁴⁴.

Cogliamo anche nelle parole di Ceretti l'influenza di tale nozione, quando si riferisce ad "un'attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire il motore, l'origine di un conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare soluzioni", che, come egli precisa, hanno la forma di una "riparazione simbolica, prima ancora che materiale"¹⁴⁵.

Più concentrata sugli effetti del conflitto e sulla riorganizzazione delle relazioni, ma per il resto non rivoluzionaria, è invece la definizione della mediazione come "processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto". Essa, infatti, "non mira all'accertamento di un fatto"¹⁴⁶, ma mira a ristabilire il dialogo tra le parti "per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti"¹⁴⁷. In altri termini:

¹⁴⁴ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros Alternatives, 1992, 16 s.; ID., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 36. Ripropongono tale definizione, tra gli altri, M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. Giust.*, 1992, n. 3-4, 770 ss.; G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 4. Cfr., altresì, per un inquadramento generale: F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 141.

¹⁴⁵ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 91; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049, utilizza invece una formula molto ampia ("subprocedimento capace di incidere sull'esito giudiziario"), rilevando che all'interprete è preclusa la possibilità di addivenire ad una definizione realmente esaustiva.

¹⁴⁶ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 344.

¹⁴⁷ S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortina Ed., 1996, 5. Il profilo degli effetti e dei danni provocati dalla situazione conflittuale, come materia di mediazione, è valorizzato anche da A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 92.

la mediazione non agisce tanto sul terreno dei diritti, confermandone o meno l'esistenza e identificandone i tratti caratterizzanti e il confine preciso, quanto sullo scenario più complesso e frastagliato – poiché denso di implicazioni anche personali e psicologiche – delle esigenze e aspirazioni delle parti¹⁴⁸.

Schematicamente, si parla di “attività procedimentata”, strumentale al risultato intermedio della “riparazione”, che è a sua volta “strumentale all’obiettivo finale: la conciliazione”¹⁴⁹.

Non si può parlare di mediazione senza parlare di relazione e, citando le parole del filosofo Martin Buber, “chi è nella relazione è parte di una realtà, cioè di un essere che non è semplicemente in lui, né semplicemente fuori di lui”¹⁵⁰.

La prospettiva temporale della mediazione è, così, naturalmente del tutto diversa da quella propria del giudizio.

Potrebbe correttamente parlarsi di una sospensione, in cui non ci sono termini o scadenze e le parti sono chiamate a collocare nel passato i fatti narrati, ricostruendo le coordinate del tempo. Esso è una “dimensione comune”, che lascia lo spazio in concreto alle possibilità future. La memoria assume “un significato prospettico”, dove si colloca la considerazione delle conseguenze delle decisioni e delle azioni, in vista di una decisione futura¹⁵¹.

Allo stesso modo, anche la dimensione dello spazio è peculiare. Se, infatti, nel processo le parti sperimentano una distanza mediata dal diritto, nella mediazione questa viene annullata e le parti condividono uno spazio comune¹⁵².

¹⁴⁸ F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, Giuffrè, 2013, 3.

¹⁴⁹ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 113.

¹⁵⁰ M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*. Edizione italiana a cura di Andrea Poma, Milano, Ed. San Paolo, 1993, 103.

¹⁵¹ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, in ID. (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, cit., 71.

¹⁵² M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 73.

Come è stato precisato, “la mediazione è un fenomeno plurale”¹⁵³: la varietà delle esperienze in materia dimostra che esistono diverse mediazioni.

Anche per quanto riguarda la materia penale¹⁵⁴, se di norma la giustizia è orientata staticamente ad accertare i fatti di reato accaduti, a stabilire le responsabilità e ad irrogare pene, la mediazione rappresenta un processo dinamico, incentrato sull’incontro tra la vittima e l’autore del fatto (o apparentemente tali sul piano oggettivo), che si inserisce all’interno della situazione concreta, creatasi con il reato, per far emergere una verità “soggettiva” spesso complessa, che è ancora in corso ed i cui termini si definiscono progressivamente.

La definizione offerta dalla Raccomandazione No. R. (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, concernente la mediazione in materia penale, costituisce un punto di riferimento fondamentale, anche se presenta molti aspetti in comune con quanto descritto per la mediazione in generale: essa è un

procedimento che permette alla vittima ed al reo di partecipare attivamente, se lo consentono con libertà, alla soluzione dei problemi che il reato ha comportato, con l’aiuto di un terzo imparziale, il mediatore¹⁵⁵.

¹⁵³ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 48; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in ID. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 302. M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 109, parla della mediazione come di un “insieme assai eterogeneo di procedimenti diversi che hanno in comune solo la circostanza di vedere la partecipazione di un soggetto che funge da mediatore e di concludersi, quando l’esito è positivo, con un accordo stipulato dalle parti in conflitto”.

¹⁵⁴ Si parla infatti di “mediazioni”, condividenti tra loro solo la logica operativa di fondo, che si richiama alla caratteristica ternaria nella struttura e nei risultati: cfr., sul punto, G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, cit., 7 s.

¹⁵⁵ Tale Raccomandazione è reperibile sul sito istituzionale del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (<https://wcd.coe.int/>). La definizione, qui riprodotta in traduzione nostra, nella versione ufficiale è la seguente: “process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)”. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 359, offre una definizione più com-

Nell'ambito del giudizio, l'autorità decide se una parte è responsabile, mentre nella mediazione le parti si raccontano, uscendo almeno provvisoriamente dalla rigidità dei loro ruoli processuali, ma – e ciò rappresenta una peculiarità della mediazione penale, che si inserisce in un contesto particolare¹⁵⁶ – senza che si possa del tutto dimenticare, almeno in partenza, lo squilibrio di posizione che le caratterizza, dovuto al fatto che normalmente uno dei due soggetti coinvolti ha subito l'offesa che l'altro ha perpetrato e può contribuire con la propria decisione alla definizione del parallelo procedimento penale¹⁵⁷. Una peculiare attenzione deve essere prestata proprio alla persona della vittima, la quale, partecipando alla mediazione, può soddisfare un suo duplice bisogno: quello di espressione, in primo luogo, potendo descrivere quali conseguenze anche emotive il reato ha comportato per la sua vita e vedendo riconosciuta così la propria dignità; in secondo luogo, quello di informazione sul fatto di reato, proprio dalla bocca di colui che l'ha posto in essere e che può chiarire, dal suo punto di vista, profili rimasti oscuri. L'autore, infatti, può liberamente fornire la sua versione dell'accaduto, spiegare le ragioni del suo comportamento e descrivere il contesto in cui esso è maturato¹⁵⁸.

Le parti in mediazione, di regola, non sono in disaccordo sull'esistenza del fatto nel suo nucleo oggettivo essenziale – per il cui accertamento il processo appare luogo molto più adeguato – ma sul significato dello stesso o, eventualmente, sulla riparazione possibile¹⁵⁹. Oltre al conflitto più profondo già esistente, il disaccordo sull'atteggiamento o

pressa: “la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (che può funzionare anche come fattore di stabilizzazione sociale) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire fra le parti lo spazio comunicativo inter-soggettivo e a trovare un “segno” comune che possa condurre al superamento del conflitto”.

¹⁵⁶ C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, cit., 40.

¹⁵⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 143 s.; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1048.

¹⁵⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 33; AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 27.

¹⁵⁹ M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 40 ss.; C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 118.

sulla riparazione ne fa nascere un altro, che può essere mediato. Le parti sono così chiamate a leggere “fra le righe del conflitto e delle sue implicazioni”¹⁶⁰ e ad assumere liberamente e creativamente una decisione, ed eventualmente un impegno, spesso redatto per iscritto¹⁶¹.

Secondo una concezione di giustizia riparativa ormai diffusa, il dialogo “comprensivo” nella maggior parte dei casi non è sufficiente per un esito pienamente positivo del percorso; ad esso deve seguire la riparazione, atto volontario di responsabilizzazione dell’autore coinvolto¹⁶². La responsabilità che entra in gioco in questo contesto non è rivolta al passato, ma al futuro¹⁶³; non è “sanzionatoria ma riparatoria”¹⁶⁴ e consente il reinserimento del reo nella società¹⁶⁵. Essa non ha più solo a che fare con l’essere “responsabili di” qualcosa e per qualcosa, ma deve intendersi come un percorso che porta i soggetti ad essere “responsabili verso” (a rispondere l’uno verso l’altro)¹⁶⁶, restituendo loro un ruolo attivo fino al riconoscimento della reciproca dignità¹⁶⁷.

Non sempre, però, l’esito positivo della mediazione penale è quello che ci si sarebbe potuti immaginare all’inizio del percorso: esso è suscettibile di articolarsi in soluzioni diverse¹⁶⁸. Non si può escludere che

¹⁶⁰ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 138.

¹⁶¹ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 56 s.; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 22.

¹⁶² C. MAZZUCATO, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, cit., 187 s.

¹⁶³ C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, cit., 46.

¹⁶⁴ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 57, la quale si concentra anche sulla storia recente della parola “responsabilità”, che nasce alla fine del Settecento, in coincidenza non casuale con la Rivoluzione francese ed il processo di costituzionalizzazione britannico. Il termine “responsibility” compare per la prima volta nei discorsi che animano i dibattiti parlamentari inglesi, mentre “responsabilité” fa la sua irruzione nella lingua francese, negli stessi anni, per descrivere il dovere di rispondere dei propri atti da parte dei funzionari e ministri. Si diffonde ampiamente nelle diverse lingue soltanto nell’Ottocento.

¹⁶⁵ Così J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 29.

¹⁶⁶ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 96.

¹⁶⁷ A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1048.

¹⁶⁸ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1014.

dai chiarimenti intervenuti nel corso della mediazione possa prendere vita anche un accordo in cui entrambe le parti, vittima e reo, sono protagoniste e si impegnano a prestazioni reciproche, convenute *in itinere*, senza ricorrere a norme precodificate¹⁶⁹.

Come è stato puntualmente precisato, nella mediazione penale l'obiettivo è quello di risanare la frattura, rimuovere il conflitto sotteso o sorto dal reato, inteso “non come mero ente giuridico o accadimento statico, bensì come fatto dinamico e «relazionale»”¹⁷⁰. Ciò che è in discussione, in quest'ambito, non è la definizione penalistica del conflitto, che non può certo essere negoziata e rimane solo sullo sfondo rispetto al significato dei beni che protegge ed al vissuto delle persone coinvolte, veri protagonisti della mediazione¹⁷¹: “non si media sul contenuto di un precetto penale, ma *a partire* da questo si identifica quale *tranche de vie*, ipostatizzata in una norma penale, ha dato origine ad un conflitto sociale”¹⁷².

In seguito, parlando delle fonti sovranazionali e dell'ordinamento italiano, si evidenzieranno alcuni problemi che pone questo istituto sul piano delle garanzie che si rivelano necessarie per una piena integrazione del modello nel sistema giuridico e comunque per evitare che

¹⁶⁹ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 10. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 273, descrive l'incontro tra vittima e reo come foriero di “spettacolari conseguenze”.

¹⁷⁰ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152. Cfr. altresì M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 52. Parla di “reato nella sua dimensione relazionale”, “come segmento delle complesse vicende relazionali che in ogni caso trascendono la lettura unilaterale che ne dà il diritto” anche A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 97.

¹⁷¹ G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 39; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICCOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 94.

¹⁷² C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 117.

esso assomigli ad “un meccanismo di accettazione forzata delle prevaricazioni messe in atto dalle parti forti”¹⁷³.

È indispensabile però chiarire fin d’ora un presupposto fondamentale. Poiché ci occupiamo della mediazione come strumento che consente una definizione alternativa dei conflitti, ma è normalmente attivato nel corso di un procedimento penale, sappiamo che l’impulso alla procedura viene dato, di regola, da un soggetto pubblico (che, a seconda della fase in cui si colloca la mediazione, può essere il pubblico ministero o un’ autorità che collabora con questo, la polizia, il giudice), il quale investe della controversia il mediatore o l’ufficio di mediazione¹⁷⁴.

La partecipazione delle parti è volontaria, ma non si può pensare ad una “spontaneità totale”¹⁷⁵: il consenso dell’autore del reato è profondamente condizionato dalla minaccia implicita rappresentata dallo strumento penale¹⁷⁶. Dalla parte della vittima, invece, si possono incontrare delle difficoltà nella prestazione del consenso alla procedura mediativa: la partecipazione può comportare sofferenza, oltre ad un dispendio di energie e di tempo¹⁷⁷. Sarà compito del mediatore comunicare a questa i benefici che possono derivare dalla mediazione, in termini di ricostruzione del dialogo e di un’eventuale riparazione, nel rispetto tuttavia delle sue esigenze e dei suoi interessi¹⁷⁸.

È necessario garantire che il processo formativo del consenso, nel corso dell’intera procedura, non sia viziato da forme di pressione psico-

¹⁷³ M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., 112. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 661.

¹⁷⁴ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 33; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 137; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 32.

¹⁷⁵ L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 305.

¹⁷⁶ Cfr. G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 14; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, cit., 51 (“la pena, almeno in potenza, è sempre presente e applicabile”).

¹⁷⁷ Cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 272. L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 297, sottolinea come, in circa la metà dei casi inviati in mediazione, essa non abbia luogo, a causa del rifiuto di una delle parti.

¹⁷⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 141.

logica che privino il contraente debole di una tutela adeguata. Le prassi informali sono, infatti, particolarmente esposte a tali rischi¹⁷⁹.

Quanto agli aspetti operativi e procedurali dell'istituto, esistono molteplici modelli di riferimento, che delineano fasi diverse¹⁸⁰.

In generale, comunque, a seguito dell'invio del caso e della relativa presa in carico da parte dell'Ufficio di mediazione, l'autore e la vittima vengono prima contattati singolarmente, proprio perché essi possano liberamente esprimere il loro consenso a partecipare alla procedura. La fase di preparazione si sviluppa quindi con una descrizione dettagliata delle caratteristiche e delle regole della mediazione e può durare molto tempo, perché deve creare le basi adeguate per la prosecuzione del processo¹⁸¹.

L'incontro "faccia a faccia" tra le parti dovrebbe rappresentare un requisito irrinunciabile¹⁸². Non mancano però esempi – non rarissimi – di mediazione penale condotta unicamente attraverso uno scambio di messaggi, reso possibile dal mediatore ("shuttle" mediation)¹⁸³.

Alla fase dell'incontro segue l'eventuale accordo e la redazione del verbale da parte del mediatore. Il monitoraggio degli esiti conclude la procedura¹⁸⁴.

In tutte le fasi, il ruolo del mediatore è estremamente importante, come si può cogliere fin dalle definizioni di mediazione che sono state

¹⁷⁹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 125; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 306. Come rileva F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 659: "ciò che è contrattuale non è necessariamente giusto".

¹⁸⁰ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 11, ad esempio, descrive una fase di presa in carico, una fase di preparazione, una fase di vera e propria mediazione (divisa in due momenti: la discussione sui motivi e sulle conseguenze del fatto e la successiva quantificazione dei danni e definizione delle modalità di riparazione) e, infine, una fase di applicazione dell'accordo.

¹⁸¹ A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 61; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 74.

¹⁸² Così A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 60 s.

¹⁸³ AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe*, cit., 19; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 76; M.M. WILLIAMS-HAYES, *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, cit., 11; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 1.

¹⁸⁴ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 140.

proposte. Egli deve essere un soggetto terzo, indipendente e qualificato, diverso dal pubblico ministero¹⁸⁵, ma anche dal giudice, poiché non esercita alcuna autorità¹⁸⁶. La neutralità più assoluta, che è una qualità di quest'ultimo, secondo una parte della dottrina non si addice tuttavia al mediatore, che deve mostrarsi sensibile alla vulnerabilità dei soggetti coinvolti¹⁸⁷.

Egli è un “catalizzatore del conflitto”¹⁸⁸, chiamato a mettere a confronto i punti di vista delle parti ed a ricostruire tra loro un rapporto comunicativo; può far emergere una verità nuova, in parte già scritta nei fatti e nelle cose ed in parte frutto dell'evoluzione dell'incontro. Diventa fondamentale che riesca ad “immergersi tra le parti”¹⁸⁹ e favorisca (è un facilitatore) la costruzione di un nuovo “ordine simbolico”, un'interpretazione comune del reato, attraverso l'individuazione di valori condivisi e la promozione di rispetto e responsabilità reciproci¹⁹⁰.

Il mediatore deve lavorare sugli effetti dannosi della situazione conflittuale, per far sì che le parti riprendano a dialogare tra loro¹⁹¹, che attivino un “dialogo secondo verità”¹⁹², favorite dal fatto che quanto si

¹⁸⁵ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 637.

¹⁸⁶ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 168; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 344; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 36 s. Sulla necessità di un'adeguata preparazione professionale, che non includa solo competenze giuridiche ma anche una specifica conoscenza delle tecniche di mediazione, si sofferma in particolare M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., 109 s.

¹⁸⁷ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 276.

¹⁸⁸ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 37.

¹⁸⁹ A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049.

¹⁹⁰ Cfr. G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 12.

¹⁹¹ Cfr. M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 749.

¹⁹² L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene? Introduzione*, in ID. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, 19.

dicono in sede di mediazione non è riferito al giudice. Sono loro che devono parlare e per il mediatore è scorretto “farlo al loro posto, o nel loro interesse, o ancora con l’interesse di far andare le cose in un certo modo”. Egli non deve giudicare od imporre soluzioni, ma può limitarsi a dare la parola, preoccupandosi di aiutare le parti a trovare una base interpretativa comune rispetto al fatto ed a comprendere il punto di vista dell’altra, magari attraverso l’identificazione dell’origine della situazione problematica¹⁹³.

Nonostante la dimensione dialogica abbia in questo contesto un ruolo predominante¹⁹⁴, come abbiamo anticipato, il mediatore penale non deve sottovalutare la ricerca di soluzioni e con essa la definizione della lite, il raggiungimento di un accordo, normalmente con forme di adeguata compensazione materiale e/o simbolica a favore della vittima¹⁹⁵. Quel che accadrà del procedimento penale eventualmente attivato per il reato di cui si è discusso in sede mediativa non è, però, da lui necessariamente controllabile, perché, almeno allo stato attuale, dichiarare un reato mediabile non sempre significa, nemmeno in ipotesi di esito favorevole, “che quel fatto non sia più meritevole e bisognoso di pena”¹⁹⁶. L’assoluta peculiarità della materia penale, che, come gli stessi sostenitori della giustizia riparativa hanno riconosciuto, sottrae normalmente il conflitto alla libera disponibilità delle parti, potrà comportare nei diversi ordinamenti un diverso trattamento procedimentale o processuale dell’accordo raggiunto con eventuale condotta riparatoria: interruzione incondizionata del procedimento con esenzione da pena, interruzione del procedimento con esenzione da pena solo in ipotesi di adeguata riparazione, mera attenuazione della pena o, addirittura, all’estremo opposto, sua assoluta irrilevanza.

¹⁹³ J. MORINEAU, *L’esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998, 19; A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 92, 96; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 68 s.

¹⁹⁴ L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 295, dove si sofferma anche sulle diverse ricerche svolte in tema di soddisfazione delle parti o di recidiva.

¹⁹⁵ L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene? Introduzione*, cit., 19.

¹⁹⁶ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 79.

3. *La giustizia riparativa a supporto della giustizia tradizionale, per la valorizzazione della persona offesa e la responsabilizzazione dell'autore di reato: una precisazione operativa*

Considerando la giustizia riparativa come strumento di supporto alla giustizia tradizionale, è opportuno delimitare il contesto operativo entro il quale intendiamo riflettere.

Come illustrato, la *restorative justice* mira a “ripersonalizzare” il conflitto¹⁹⁷, coinvolgendo in un percorso relazionale persone chiamate ad ascoltarsi, per giungere davvero ad essere responsabili, a rispondere l’una verso l’altra¹⁹⁸. Ai protagonisti della vicenda penale viene riconosciuto un ruolo attivo di rivalutazione dei propri problemi, con la riaffermazione di importanti sfere di autonomia e di potere¹⁹⁹.

Da tale prospettiva, che ha la mediazione penale come stella polare e tende “a riscrivere la semantica del reato nei termini sociologici di «evento relazionale»”²⁰⁰, ben si comprende però come il terreno di elezione privilegiato della giustizia riparativa sia stato individuato prevalentemente, almeno in prima battuta, in quello del “diritto penale classico” (postilluministico), che svolge una “funzione stabilizzatrice delle condizioni essenziali per il mantenimento della società”, è incentrato di regola sulla nozione di danno, offende beni giuridici individuali²⁰¹, e viene contrapposto al c.d. “diritto penale moderno” (da intendersi, in realtà, cronologicamente, come successivo alla seconda guerra mondiale e contemporaneo) – figlio dello Stato sociale e dell’intervento regola-

¹⁹⁷ G. DE FRANCESCO, “Interpersonalità” dell’illecito penale, cit., 874.

¹⁹⁸ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, cit., 340.

¹⁹⁹ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 9. Così anche A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 94.

²⁰⁰ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156.

²⁰¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 217. Cfr. altresì C.E. PALIERO, *L’autunno del patriarca*, cit., 1226 s.

tore dello Stato nell'economia – che persegue scopi di prevenzione e di tutela anticipata²⁰².

Il nucleo di reati di più recente creazione, ancorché sempre più ampio e probabilmente irrinunciabile alla luce dell'evoluzione della società, non è affatto una costante dei sistemi penali. Tali reati obbediscono infatti ad un'idea preventiva; spesso non colpiscono condotte intollerabili in sé, ma solo condotte che potrebbero produrre gravi conseguenze qualora fossero poste in essere insieme ad una serie ulteriore di fattori di rischio oppure serialmente o in collegamento con altre²⁰³. Sono tipizzate delle condotte che offendono, allo stadio del pericolo, beni sovra-individuali, collettivi (anche se, sullo sfondo, come beni-scopo, si scorgono anche dei beni individuali) ed invece offendono direttamente dei beni strumentali, beni-mezzo, beni-funzione (attività di controllo ed organizzazione, criteri o discipline predisposti da organi che presiedono al controllo sulle fonti di rischio)²⁰⁴. È il cosiddetto diritto penale “del comportamento”, come lo ha definito, in Italia, Stella, creato in molti ordinamenti dei paesi del mondo occidentale come risposta alla perce-

²⁰² La distinzione, pur in chiave critica e problematica, è stata operata efficacemente da M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 97 ss. Come illustra A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 388, ad esempio, si incontrano molteplici problemi pratici quando si fuoriesce dall'ambito dei reati di danno. Per un approfondimento sul tema cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., *passim*, con particolare riferimento ai problemi suscitati dal ricorso al modello classico di diritto penale (diritto penale del danno e della causalità) ed a quelli legati alla progettazione del nuovo diritto penale “del comportamento”. In termini più critici, rispetto alla lettura proposta, cfr. G. DE FRANCESCO, “*Interpersonalità*” *dell'illecito penale*, cit., 874 ss., il quale propone di valorizzare la vocazione sul piano teleologico che la visione interpersonale sottende. Nel momento in cui perde terreno il “disvalore di evento” come baricentro dell'incriminazione, si staglia l'esigenza di valorizzare le note modali dell'illecito, così da renderne percepibile l'intrinseco disvalore sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo della riprovevole noncuranza verso le esigenze della controparte nella vicenda penale.

²⁰³ Cfr., ampiamente, anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 200 s.

²⁰⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 104, 106 s.

zione dei notevoli rischi legati alla civilizzazione tecnica, i grandi rischi tecnologico-scientifici²⁰⁵.

Anche se proprio nell'ambito di comportamenti penalmente rilevanti in contesti leciti di base (al quale possono essere ricondotti molti di questi fenomeni criminosi) è auspicabile un "dialogo" dello Stato con i destinatari delle norme penali ed è opportuno ipotizzare, anche sulla scorta di esperienze già maturate, una sensibile flessibilità o differenziazione delle sanzioni, soprattutto in ipotesi *lato sensu* riparatorie, di eliminazione delle situazioni di rischio, quando si è raggiunto lo scopo della stessa incriminazione²⁰⁶, con riferimento a questi reati, che pur appaiono molto diversificati nelle forme, non è facile poter parlare tecnicamente di vittima "attuale" e comunque essi si collocano molto al di là di una relazione bipolare tra il reo e la persona offesa²⁰⁷.

²⁰⁵ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 419 ss.

²⁰⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 132: "Ecco perché il diritto penale della prevenzione va visto nella sostanza come un diritto amministrativo (se mancano un pericolo in concreto, modalità lesive qualificanti e adeguati spessori di colpevolezza), e nella forma come un diritto penale giustificabile solo se si palesa l'insufficienza delle sanzioni extrapenali, ed in quanto trovi un'applicazione sanzionatoria moderata, differenziata o degradabile verso pene lievi". Cfr., altresì, pagg. 235 ss. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1046, dove l'Autore afferma che lo scopo della norma penale, in questi casi, "sconta in partenza l'idea di un reato non punito". Come afferma R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 167, che pur si riferisce unicamente alla mediazione penale, è sempre necessaria una relazione tra autore e vittima del reato (persona fisica o persona giuridica), mentre la mediazione non può avvenire tra l'autore del reato e lo Stato (rappresentato dai suoi funzionari), anche se esistono altre forme di valorizzazione delle condotte riparatorie.

²⁰⁷ Riprendendo le considerazioni di G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156, siamo lontani, qui, dal modello di illecito penale che reca un danno a "persone in carne ed ossa" e può essere quindi interpretato "in chiave di conflittualità interpersonale". Cfr. altresì W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 217; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 536; F. MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, cit., 1184; C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., 200; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 35.

È importante allora che le strade della “non punibilità” in materia vengano ulteriormente percorse, anche con alcuni strumenti ispirati dalla giustizia riparativa, che sappiano coinvolgere la comunità²⁰⁸ ma allo stesso tempo ci pare opportuno operare per gradi e definire il quadro principale delle presenti riflessioni.

Anche alla luce di alcune indicazioni che vengono dagli ordinamenti che andremo ad esaminare, ci appare preferibile, almeno in prima battuta, concentrarci proprio sul terreno di elezione privilegiato della giustizia riparativa e riflettere sulle potenzialità dei modelli per i fenomeni criminosi che consentono di attivare *ex post* un percorso autenticamente relazionale e dialogico che coinvolga il reo e le vittime in senso stretto, “in carne ed ossa”, la “figura umana della vittima”²⁰⁹. Come ha lucidamente evidenziato Hassemer, “il fatto che venti della politica criminale soffino nella direzione opposta non può certo contraddire la concezione della mediazione tra vittima e reo”. Anzi, essa può rappresentare un mezzo di contrasto, di compensazione, “sul vetrino di una politica criminale incentrata sul generale e sull’istituzionale”²¹⁰.

Sempre per evitare fraintendimenti, è necessario poi chiarire un ulteriore profilo.

²⁰⁸ Cfr., sul punto, le osservazioni di G. DE FRANCESCO, “*Interpersonalità*” dell’*illicito penale*, cit., 874 ss. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 20, affermano ad esempio che in relazione ai fenomeni di vittimizzazione diffusa legati al settore economico o al campo della scienza e tecnologia la giustizia riparativa “non ha ancora saggiato pienamente le proprie potenzialità”.

²⁰⁹ Nello stesso senso cfr. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156: la mediazione “appare invece meno plausibile rispetto a reati di stampo più astratto e con soggetto passivo non personificato né personificabile in forma concreta, come ad esempio nel caso dei reati contro la pubblica amministrazione o contro altri beni giuridici a carattere meta individuale o ideale”. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 18, sottolineano come le vittime individuali siano i soggetti con cui principalmente si può lavorare nella prospettiva della mediazione penale e del *family group conferencing*, che presuppone una vittima in “carne ed ossa”. Cfr. altresì M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269 e A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 59.

²¹⁰ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 229.

Nonostante le diverse sperimentazioni in atto nell'ambito della giustizia minorile – vista l'assoluta peculiarità ed autonomia di tale settore, legato strettamente alle specifiche esigenze di tutela dei minori autori di reato, riconosciute in chiave “educativa” anche a livello internazionale²¹¹ – nel tentativo di condurre un discorso di carattere generale sulla giustizia riparativa, ci concentreremo unicamente sul diritto penale degli adulti, sia esaminando gli ordinamenti stranieri sia riflettendo su quello italiano, dove a partire dal d.lgs. 274/2000 sono state gettate le basi per una sperimentazione della mediazione, “a discapito della logica che vuole come prioritaria la riaffermazione con pena del precetto violato e a favore del superamento del conflitto attraverso l'avvicinamento tra autore e vittima”²¹².

²¹¹ Cfr. sul punto le osservazioni di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 43, nt. 186; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 46.

²¹² F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 343 ss.

CAPITOLO TERZO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLE FONTI SOVRANAZIONALI E NEGLI ORDINAMENTI DELL'EUROPA CONTINENTALE: FRANCIA, GERMANIA, SPAGNA

1. Analisi delle fonti sovranazionali in tema di restorative justice e mediazione penale

Per l'affermazione della giustizia riparativa e, più in particolare, della mediazione penale, è stata determinante la posizione assunta in materia dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa, che per primi hanno emanato alcuni atti fondamentali – sottolineando la necessità di dare spazio a nuovi strumenti di giustizia alternativa – seguiti dall'Unione europea, con la già citata Decisione quadro del 2001 sulla posizione della vittima nel processo penale e quindi, anche se in termini più cauti, con la Direttiva 2012/29/UE “in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato”.

Un dato appare importante. Molti di questi documenti, soprattutto in ambito europeo, sono rivolti prioritariamente alla tutela delle vittime. Oggi il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, firmato il 13 dicembre 2007, ricomprende “i diritti delle vittime della criminalità” tra le materie aventi dimensione transnazionale in cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime attraverso direttive di armonizzazione penale (titolo V, capo IV, art. 82 § 2 lett. c), ma l'interesse manifestato dagli organismi sovranazionali, sia a carattere universale che europeo, per la tutela della vittima, è di molto anteriore al Trattato di Lisbona¹. Così, il descritto riconoscimento sempre più deciso,

¹ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 1; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 27 ss.; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1770.

nel dibattito internazionale, della posizione della vittima come soggetto debole, ma tuttavia “portatore di istanze autonome cui l’ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione”², ha rappresentato il primo stimolo – nell’ambito di una sorta di “statuto giuridico di ordine generale”³ a tutela delle vittime, in via di creazione – verso la promozione di forme di giustizia riparativa, come pratiche adeguate per la risoluzione dei conflitti con il coinvolgimento diretto degli interessati, insieme ad altri interventi volti invece a rafforzare la solidarietà dello Stato nei confronti di chi ha subito un reato, con un’assistenza di tipo economico⁴.

Non deve essere sottovalutato peraltro, come è stato recentemente evidenziato, che diversamente dal Consiglio d’Europa, l’Unione europea non ha potuto adottare una normativa completa, espressamente dedicata alla *restorative justice*, in conseguenza della mancanza di un suo idoneo fondamento giuridico: la sua regolazione in seno alla normativa

² M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889.

³ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 111, individua due livelli nell’impegno della Comunità internazionale sul tema: se alcuni testi tracciano, appunto, “uno statuto giuridico di ordine generale”, altri si occupano di interventi da offrire alla vittima in relazione ad una serie di reati specifici.

⁴ Può essere citata la Convenzione europea (adottata nell’ambito del Consiglio d’Europa) del 24 novembre 1983, relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti e volta ad assicurare, mediante un intervento statale, il ristoro finanziario di coloro che hanno subito gravi pregiudizi all’integrità fisica o alla salute, come diretta conseguenza di un reato violento doloso, e delle persone a carico del soggetto deceduto in seguito ad un tale reato – non firmata né ratificata dall’Italia – consultabile, anche in traduzione italiana, in <http://conventions.coe.int/treaty/ita/Treaties/Html/116.htm>. Cfr. altresì M. PISANI, *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 466; G. CASAROLI, *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 560 ss., che ravvisa il fondamento della riparazione pubblica in ragioni di solidarietà sociale ed equità. Si precisa fin d’ora che, laddove non sia reperibile una traduzione ufficiale, si procederà a fornire comunque, direttamente nel testo, la traduzione in italiano dei testi normativi redatti in lingua straniera.

sulla tutela della vittima ha rappresentato l'unica via da percorrere per disciplinare, almeno parzialmente, la materia⁵.

Un'ulteriore sollecitazione al tema della giustizia riparativa è poi derivata dalla necessità di miglioramento dell'efficienza dei sistemi giudiziari, oggetto di molteplici iniziative del Consiglio d'Europa⁶.

1.1. Le iniziative assunte nell'ambito delle Nazioni Unite: dai primi documenti in tema di restorative justice alla Risoluzione sui Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale adottata dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite nel 2002

Nel contesto internazionale, le Nazioni Unite hanno sensibilizzato frequentemente gli Stati sul tema della giustizia riparativa, nella ricerca di un nuovo approccio ai problemi della politica criminale⁷.

La Risoluzione 40/34 del 29 novembre 1985 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e contenente la Dichiarazione dei "Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reato e di Abuso di Potere" (A/RES/40/34), già citata per l'ampia definizione di "vittima" ivi formulata, rappresenta la prima seria presa di posizione in materia di tale organizzazione internazionale ed è stata descritta come un "avvenimento di portata storica"⁸, perché è una "testimonianza autorevole della necessità di inscrivere la protezione delle vittime dei reati tra il catalogo dei diritti dell'uomo"⁹.

⁵ M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla Direttiva sulla vittima: verso un diritto alla mediazione? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, 4190.

⁶ Cfr., ampiamente, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 196 ss.

⁷ P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, Pisa, Plus, Pisa Univ. Press, 2006, 84 s.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 233 ss.

⁸ M. PISANI, *Per le vittime del reato*, cit., 467. Nello stesso senso T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 76.

⁹ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 997. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 173, descrive le origini della risoluzione, che nascerebbe da tre importanti contributi in ambito criminologico, tra i quali possiamo ricorda-

Essa richiede che meccanismi giudiziari e amministrativi siano previsti e rafforzati, ove necessario, per permettere alle vittime di ottenere la riparazione attraverso procedure formali o informali che siano rapide, eque, gratuite ed accessibili (§ 5). Sollecita, in particolare, il ricorso a modelli informali di risoluzione delle controversie, come la mediazione, ove appaiano adeguati per la riconciliazione e la riparazione delle vittime (§ 7)¹⁰. Nell'ambito di un complesso quadro di strategie suggerite agli Stati membri in favore delle vittime della criminalità, essa si sofferma quindi in misura più approfondita sull'obbligo di "restituzione" – consistente nella riconsegna dei beni, nella compensazione economica dei danni o delle perdite sofferte, nel rimborso delle spese cui il soggetto è andato incontro in seguito alla vittimizzazione, nella fornitura di servizi e nel ripristino delle situazioni di diritto – invitando gli Stati a considerarlo come una possibile opzione sanzionatoria per la definizione del processo penale, ulteriore e diversa rispetto ad altre pene (§ 8 e § 9)¹¹.

Da una prospettiva solo parzialmente diversa, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, in tema di "prevenzione responsabile del crimine", ha posto l'accento sulle misure non punitive, come complemento importante per l'amministrazione del diritto penale (§ 1). La riparazione del danno posta in essere dall'autore del reato rappresenta uno strumento significativo per combattere la tendenza a far ricadere la colpa sulla vittima e, proprio per promuovere la prevenzione, dovrebbero essere previste o rinforzate le possibilità di attivare forme di mediazione estranee al giudizio (*out of court*) nelle materie penali considerate adeguate. Tali pro-

re i lavori del *Committee on Codes of Conduct for Victims*, appositamente istituito durante il *IV International Symposium on Victimology* del 1982, svoltosi in Giappone.

¹⁰ Cfr. D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 44.

¹¹ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 997; ID., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 88.

cedure dovrebbero comunque conformarsi ai principi del giusto processo (§ 21 e § 22)¹².

Gli strumenti della giustizia riparativa sono funzionali, secondo il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, anche a combattere il sovraffollamento carcerario attraverso una riduzione del ricorso alla pena detentiva, soprattutto di breve durata, che si è rivelata di scarsa efficacia e costosa per la società. Così, nella Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998 si raccomanda agli Stati Membri, se possibile, di delegare alle parti la gestione dei conflitti relativi a reati di lieve entità, ricorrendo alla mediazione, al risarcimento del danno o ad accordi di compensazione che prevedano il versamento all'offeso di una parte del reddito del reo o l'esecuzione di attività lavorative da parte di quest'ultimo a favore della vittima¹³.

Alla luce di una così poliedrica valorizzazione delle potenzialità della *restorative justice*, non stupisce che a partire dal 1999 le Nazioni Unite abbiano cominciato ad occuparsi direttamente dell'implementazione della mediazione e della giustizia riparativa nell'ambito del sistema penale, innanzitutto con la Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999¹⁴. Il documento illustra l'importanza di questi strumenti per la definizione dei conflitti concernenti reati di minor gravità, ribadendo che essi possono adeguatamente soddisfare le vittime, prevenire futuri comportamenti illeciti e rappresentare una valida alternativa a sanzioni detentive di breve durata o a sanzioni pecuniarie (§ 3), e chiede agli Stati di svilupparli a livello legislativo, come alternativa ai procedimen-

¹² La Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Elements of responsible crime prevention: standards and norms*, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/eres1997-33.htm>.

¹³ La Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *International cooperation aimed at the reduction of prison overcrowding and the promotion of alternative sentencing*, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1998/eres1998-23.htm>.

¹⁴ La Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*, è consultabile all'indirizzo: www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-inf2-add2.pdf.

ti formali tradizionali, dando vita a politiche di sensibilizzazione sia tra le autorità chiamate a darvi attuazione, che all'interno delle comunità locali, prevedendo specifici percorsi formativi per coloro che sono coinvolti nell'implementazione dei processi riparativi (§ 5). Si fa così appello agli Stati, alle organizzazioni internazionali ed agli altri enti, affinché si scambino informazioni ed esperienze in materia di mediazione e di giustizia riparativa (§ 6) e si raccomanda alla Commissione di considerare l'utilità di formulare dei principi base a riguardo, al fine di assicurare l'equità nella definizione dei reati minori (§ 8).

Il favore nei confronti di tali strumenti è stato confermato nel corso del X Congresso sulla "Prevenzione dei reati ed il trattamento dei reati", tenutosi a Vienna nell'aprile del 2000, in seno al quale è stata condotta un'ampia discussione su tali temi ed è stata adottata la Risoluzione "Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e sulla giustizia: affrontare le sfide del XXI Secolo". Quest'ultima incoraggia seriamente lo sviluppo di politiche, procedure e programmi di *restorative justice* (§ 28), quali nuovi approcci alla giustizia per la riduzione del crimine e la promozione del rispetto dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime, degli autori del reato, della comunità e di tutte le altre parti¹⁵.

Sulla spinta di tali iniziative, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, ha elaborato il progetto preliminare dei "Principi base nell'uso dei programmi di

¹⁵ Il rapporto relativo al Congresso e la Risoluzione *Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century* adottata in seno ad esso, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo www.uncjin.org/Documents/congr10/15e.pdf. Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 178 s., nonché ampiamente G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della "Dichiarazione di Vienna"*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2000, 1-3, 1 ss., che ricorda anche il § 27 della medesima Risoluzione: "Noi decidiamo di introdurre, laddove risulti opportuno, strategie di intervento a livello nazionale, regionale e internazionale a supporto delle vittime di reato, quali la mediazione e gli istituti della giustizia riparativa, e fissiamo nel 2002 il termine entro il quale gli Stati sono chiamati a valutare le procedure idonee a promuovere ulteriori servizi di supporto alle vittime e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle stesse e a prendere in considerazione l'adozione di fondi per le vittime, nonché a predisporre e sviluppare programmi di protezione dei testimoni".

giustizia riparativa in materia penale” (d’ora in poi Principi base)¹⁶, che ha assunto una forma definitiva con l’adozione della già citata Risoluzione 2002/12 del 24 luglio 2002 e rappresenta un punto di riferimento fondamentale – a partire dalle proposte definitorie, come abbiamo già potuto sperimentare – per tutti gli Stati che vogliono disciplinare i programmi riparativi o comunque per tutti gli enti o i soggetti (organizzazioni governative e non governative, organismi della rete delle Nazioni Unite che si occupano di prevenzione del crimine) che operano in materia¹⁷.

L’analisi più puntuale del contenuto del documento verrà condotta nei prossimi paragrafi, unitamente all’esame delle linee guida formulate dal Consiglio d’Europa, dalle quali esso non si discosta sensibilmente, salvo che per quanto riguarda la sfera di operatività, non ridotta esclusivamente alla mediazione penale¹⁸.

¹⁶ La Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, è consultabile all’indirizzo: <http://daccess-ods.un.org/TMP/3889394.40250397.html>. Cfr., sul punto, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294 s.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 84 s.

¹⁷ D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 45 s.

¹⁸ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSÌ, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003, 173, parla di “quasi totale coincidenza culturale”. La ragione della limitazione del documento europeo alla disciplina della mediazione penale si coglie nel fatto che tale processo rappresenta la forma di giustizia riparativa assolutamente più importante (se non l’unica) in Europa: I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 292; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, in ERA – Forum, 2002, vol. 3, n. 1, 27. Come rileva C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 90, nt. 17, l’esperienza anglosassone è molto più variegata, includendo metodi comunitari di risoluzione del conflitto penale rispondenti alla cultura ed alle esigenze locali.

1.2. Il ruolo ed i documenti del Consiglio d'Europa

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non contiene al suo interno alcun riferimento specifico alla vittima del reato. È tuttavia opinione consolidata che “la CEDU svolga un ruolo importante nel delineare i fondamenti europei dei diritti delle vittime”¹⁹.

Le istituzioni del Consiglio d'Europa, così, hanno da sempre rivestito un importante ruolo promozionale in materia, non limitandosi a sanzionare le violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo. Nel campo della giustizia il Comitato dei Ministri ha, infatti, assunto una serie di iniziative significative anche sotto tale profilo, incoraggiando il ricorso a modalità alternative di risoluzione delle controversie²⁰.

1.2.1. Le prime raccomandazioni in tema di giustizia riparativa e la Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale

Il documento che, nel contesto del Consiglio d'Europa, ha contribuito ad elaborare una sorta di primo “statuto della vittima nel processo”²¹ è la Raccomandazione N. R (85)11 del 28 giugno 1985, del Comitato dei Ministri, sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penale²².

¹⁹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 87 ss.

²⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 197 ss. Come rileva M.L. LANTHIEZ, *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 148 ss., il fondamento di alcune iniziative viene rinvenuto nella stessa Convenzione; per quanto riguarda la vittima, in particolare, nell'art. 6.

²¹ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 892, utilizza questa espressione.

²² Il testo può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532. Cfr. altresì, per una breve analisi del contenuto del documento, M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 998.

In questa si evidenzia come il sistema della giustizia penale si sia tradizionalmente concentrato sul rapporto tra lo Stato e l'autore di reato, finendo per accrescere, piuttosto che diminuire, i problemi della persona offesa. La Raccomandazione descrive così i diritti che devono essere garantiti alla vittima in ogni fase del procedimento penale, chiedendo agli Stati membri di prevedere, a livello legislativo ed operativo, una serie di misure di tutela funzionali a riconquistare la fiducia nel sistema di chi ha subito il reato, la cui collaborazione è fondamentale anche per combattere la criminalità. Tali misure, rivolte alle esigenze dell'offeso, non necessariamente confliggono con altri obiettivi del sistema penale, come il rafforzamento delle norme sociali o la riabilitazione del reo, ma possono facilitarne il raggiungimento²³.

Da un lato, si richiama la necessità di una informata partecipazione della vittima in ogni fase procedimentale, nonché della piena tutela del suo diritto al risarcimento del danno da reato, lasciando alla discrezionalità degli Stati di configurarlo come sanzione penale autonoma, sanzione sostitutiva o come condanna che si aggiunge alla sanzione penale (§§ I. 10 e 11)²⁴. Dall'altro, si evidenzia l'importanza dell'implementazione di pratiche extrapenali, volte alla conciliazione/mediazione tra autore e vittima, in quanto capaci di produrre vantaggi anche per la parte lesa, invitando gli Stati membri ad esaminarli (§ II. 1)²⁵.

Una panoramica degli interventi normativi più importanti in quest'ambito è contenuta in P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 85 s.; in T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 72 s.; in D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 46 ss.; in G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, cit., 161 ss.; e in A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1011, nt. 144. Per un quadro generale su alcuni documenti precedenti cfr. anche M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 90.

²³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 210.

²⁴ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 131 e G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 170 s., anche per alcune considerazioni critiche.

²⁵ Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 174; M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893.

La già citata Raccomandazione concernente l'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione, adottata nel 1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Racc. N. R (87)21 del 17 settembre 1987)²⁶, considerando, tra gli altri profili, che la giustizia penale tradizionale non è sufficiente, da sola, a riparare il danno ed il disturbo cagionato dal reato, contiene – nel quadro di un articolato complesso di strategie²⁷ – un esplicito riferimento alla mediazione tra l'autore e la vittima del reato, come strumento di cui si incoraggia la sperimentazione, anche su base locale, nonché la valutazione dei risultati, con particolare riferimento al grado in cui sono soddisfatti gli interessi di chi ha subito il reato²⁸.

Con la Raccomandazione N. R (99)22 del 30 settembre 1999, in ordine alla necessità di ridurre il sovraffollamento carcerario, al punto 15 si evidenzia l'opportunità di valorizzare la mediazione ed il risarcimento alla vittima nell'ambito delle misure alternative alla detenzione²⁹.

²⁶ Come ricordato, tale Raccomandazione, richiamandosi alle problematiche concernenti la vittimizzazione, invita gli Stati membri all'adozione di misure di assistenza e sostegno rivolte alle vittime di reato. Cfr. altresì S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 61.

²⁷ Le strategie indicate spaziano dalla creazione di un sistema di monitoraggio sui bisogni delle vittime e sui tassi di vittimizzazione per poter adeguatamente programmare interventi nel settore, alla promozione di politiche adeguate di sviluppo sociale, di prevenzione dei reati e di assistenza alle persone offese.

²⁸ Cfr. M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 890; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 174.

²⁹ Il testo della Raccomandazione N. R (99)22 del 30 settembre 1999 “concerning prison overcrowding and prison population inflation” può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532. La tematica è destinata ad assumere un'importanza sempre maggiore, se si considera la recente sentenza della Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, con la quale è stata accertata la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 C.E.D.U., ingiungendo allo Stato italiano di dotarsi – al più tardi, entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza – di un sistema di ricorsi interni idonei a garantire tanto un rimedio preventivo contro le violazioni dell'art 3 C.E.D.U. a carico dei detenuti, quanto un rimedio compensatorio nei casi di avvenuta violazione. In tale sentenza la Corte, nel fornire qualche indicazione per superare il problema strutturale del sovraffollamento carcerario, ha richiamato anche la Raccomandazione N. R (99)22 del 30 settembre 1999, del Comitato dei Ministri. Cfr. la sentenza pilota, in lingua francese,

Tuttavia, l'intervento normativo che, senza alcun dubbio, riveste la maggior importanza in questo contesto è la già citata Raccomandazione N. R (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 15 settembre 1999 e concernente la mediazione in materia penale, che rappresenta in Europa "l'unico documento organicamente dedicato alla materia"³⁰. Essa stabilisce i principi che gli Stati Membri devono osservare nello sviluppare la mediazione, un istituto sempre più diffuso in via complementare o alternativa rispetto ai procedimenti penali tradizionali, che si vuole ulteriormente implementare per garantire una diretta partecipazione alla procedura della vittima, del reo e della comunità, riconoscendo il legittimo interesse della prima ad esprimere più fortemente la propria voce in merito alle conseguenze del reato e l'importanza di incoraggiare, in prospettiva risocializzante, il senso di responsabilità del secondo, offrendogli la possibilità di rimediare³¹. Come viene illustrato nel Rapporto esplicativo, la possibilità, per la vittima, di esprimere ciò che essa sente, di ricevere dal reo una spiegazione in merito al proprio comportamento e delle scuse a titolo personale, aiuta ad alleviare la rabbia e la paura per il fatto e forse anche a comprenderlo; inoltre, essa può negoziare la riparazione in maniera più dettagliata e conforme ai propri bisogni. La mediazione facilita poi la riabilitazione dell'autore del reato ed il suo reinserimento in società³².

in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115860#{%22itemid%22:\[%22001-115860%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115860#{%22itemid%22:[%22001-115860%22]}).

³⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 215. Come afferma M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 114, essa rappresenta "un riferimento assolutamente obbligato".

³¹ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 73; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 174; I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 293.

³² Cfr. il commento (*Explanatory memorandum*) alla Raccomandazione (*B. Commentary on the preamble to the recommendation*), reperibile sul sito del Consiglio d'Europa: <https://wcd.coe.int/>, nei documenti correlati alla Raccomandazione (CM(99)118add2). Il testo della Raccomandazione e della relativa appendice è stato redatto dal Comitato di esperti nella mediazione in ambito penale, un gruppo di lavoro costituito nel 1995 per volontà del Comitato Europeo sui Problemi della Criminalità del Consiglio d'Europa (tra gli esperti si ricordano Christa Pelikan, presidente, e Tony Marshall): cfr. C. MAZZU-

Nel 2006, infine, con la dettagliata Raccomandazione N. R (2006)08 in tema di assistenza alle vittime di reato, che sostituisce quella del 1987, il Comitato dei Ministri ritorna di nuovo e sistematicamente ad affrontare i problemi in materia e, nel delineare una ricca e nutrita serie di misure di tutela, come la creazione di servizi specializzati di supporto, riconsidera espressamente la mediazione quale strumento privilegiato di cui avvalersi, ove adatto e disponibile, conformemente alle indicazioni contenute nella Raccomandazione del 1999. Insieme alla riaffermazione di alcune “stelle polari” – come quella del consenso, della riservatezza e della competenza dei mediatori – in linea con una tendenza che caratterizza anche i più recenti atti dell’Unione europea, si esprime tuttavia per la prima volta una particolare considerazione per gli interessi delle vittime, nella loro globalità, valutando non solo i benefici, ma anche i possibili rischi sottesi a tali pratiche (§ 13)³³.

1.2.2. L’implementazione delle raccomandazioni concernenti le modalità di definizione alternativa dei procedimenti, secondo le indicazioni della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia (CEPEJ)

Con la Risoluzione Res(2002)12 del 18 settembre 2002, il Comitato dei Ministri ha istituito la Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia (CEPEJ) con lo scopo di migliorare l’efficienza ed il funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati Membri – così rafforzando la fiducia dei cittadini nella giustizia – e di consentire una miglior imple-

CATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 183, nt. 87. Come rileva I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 293 ss., il gruppo di esperti ha quindi fondato, formalmente dal 2000, l’*European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, un’organizzazione non governativa volta anche a favorire gli scambi tra coloro che, in Stati diversi, si occupano scientificamente e/o praticamente di giustizia riparativa e mediazione penale.

³³ Il testo della Raccomandazione N. R (2006)08 del 14 giugno 2006 “on assistance to crime victims” può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM>. Cfr. M.L. LANTHIEZ, *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, cit., 157; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 114.

mentazione degli strumenti giuridici del Consiglio d'Europa in tema di efficienza e di equità della giustizia (art. 1 Append.)³⁴.

In relazione alla necessità di trovare soluzioni utili a migliorare la funzionalità dei sistemi, essa prevede che si pongano in essere tutte le misure necessarie per conformarsi all'art. 6 C.E.D.U. attraverso il rispetto del principio di ragionevole durata dei procedimenti giudiziari, senza tuttavia rinunciare alle altre garanzie di un giusto processo. La via indicata è quella di evitare inutili ritardi nelle procedure giudiziali e di ridurre il loro costo (§ 2.i).

La Risoluzione richiede, così, che si dia attuazione proprio alle raccomandazioni che nel corso degli anni il Comitato dei Ministri ha elaborato al fine di migliorare l'efficienza dei sistemi giudiziari, indicate a scopo esemplificativo nell'Appendice II del documento, insieme ad altre che sono rilevanti per profili affini (§ 2.ii).

Tra queste, per la materia penale, meritano di essere ricordate: la Raccomandazione N. R (87)18 sulla semplificazione della giustizia penale, la Raccomandazione N. R (95)12 sull'amministrazione della giustizia penale, la già citata Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale e la Raccomandazione N. R (2000)19 sul ruolo del pubblico ministero nel sistema giudiziario penale³⁵.

Il Consiglio d'Europa da anni ricorda che l'equità e l'efficienza di un sistema di giustizia penale sono i prerequisiti di una società democratica che si fonda sullo Stato di diritto³⁶. I ritardi possono essere corretti aumentando, od utilizzando meglio, le risorse destinate a questo specifico settore, oppure definendo più chiaramente le priorità di indirizzo della politica criminale attraverso: il principio di discrezionalità

³⁴ Il testo della Risoluzione RES (2002)12 del 18 settembre 2002 "establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ)" può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P92_8968.

³⁵ Il testo delle Raccomandazioni N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*; N. R (95)12 *on the management of criminal justice* e N. R (2000)19 *on the role of public prosecution in the criminal justice system*, può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532.

³⁶ Cfr. Raccomandazione N. R (95)12 *on the management of criminal justice*, cit., *Preamble*.

dell'azione penale, quando le tradizioni legali ed i principi costituzionali dei singoli Stati lo consentono; procedure sommarie, semplificate o modalità di definizione delle controversie alternative rispetto all'esercizio dell'azione penale, in presenza di reati di massa o di lieve entità; nonché lo snellimento della procedura ordinaria³⁷.

Se l'atteggiamento del Consiglio d'Europa, con riferimento alla pur preferita discrezionalità dell'azione penale, è correttamente prudente perché – come ricordato anche nel 2004 – nei Paesi esistono diversi modelli di *public prosecution* e meccanismi di pesi e contrappesi che ostacolano la valutazione di un singolo elemento isolatamente rispetto agli altri del sistema e la conseguente adozione universale del principio³⁸, si possono comunque introdurre od ampliare le diverse misure che perseguono il medesimo risultato: la procedibilità a querela o la sua subordinazione al consenso della vittima, nei casi in cui l'interesse pubblico non è predominante, oppure la possibilità per il giudice di definire il procedimento o di sospenderlo condizionalmente, previo consenso informato dell'indagato o imputato³⁹, nei casi e secondo procedure simili a quelle seguite dalle autorità titolari dell'azione nei sistemi che non sono caratterizzati da una rigida legalità processuale⁴⁰. Proprio la mediazione, insieme alla *diversion* ed alle politiche di depenalizzazione e semplificazione della procedura, è considerata uno strumento importante per contribuire ad affrontare i problemi della giustizia, come

³⁷ Cfr. Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., *Preamble* e § 1a.1. Cfr. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1752.

³⁸ Cfr. la risposta del Comitato dei Ministri alla Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare, che proponeva l'adozione universale del principio di discrezionalità: *Role of the public prosecutor's office in a democratic society governed by the rule of law – Parliamentary Assembly Recommendation 1604 (2003), Reply adopted by the Committee of Ministers on 4 February 2004 at the 870th meeting of the Ministers' Deputies*, in http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P72_6229.

³⁹ L'elemento consensuale è considerato un requisito indispensabile dove la decisione non sia quella di archiviare semplicemente (Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., § 1a. 7.).

⁴⁰ Cfr. Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., § 1b.

affermato nel Preambolo della Raccomandazione N. R (95)12 sull'amministrazione della giustizia penale⁴¹.

La centralità, anche a fini di efficienza processuale, della Raccomandazione N. R (99)19 – il cui commento esplicativo sottolineava che il perseguimento di questo obiettivo è uno degli argomenti fondamentali per introdurre la procedura riparativa nella materia penale⁴² – è dimostrata dall'avvenuta creazione, nel 2006, di un gruppo di lavoro sulla mediazione⁴³ che ha portato all'adozione, nel 2007, di vere e proprie *Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale*⁴⁴. Tali linee guida costituiscono un'utile base di riflessione per procedere a delle modifiche di sistema, soprattutto in un ordinamento, come quello italiano, posto costantemente “sotto l'osservazione del Consiglio d'Europa a causa delle numerose condanne per la violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione”⁴⁵.

Le questioni più importanti su cui concentrare l'attenzione sono individuate nella disponibilità degli strumenti di mediazione (§§ 9-30), nell'accessibilità alle procedure da parte di vittime ed autori di reato (§§ 31-35) e nella diffusione di una maggior consapevolezza sulla giustizia riparativa, tra i diversi attori coinvolti ed il pubblico, attraverso

⁴¹ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 202.

⁴² Cfr. il citato commento (*Explanatory memorandum*) alla Raccomandazione (§ V.3. *Handling of individual cases*).

⁴³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 226. I *Reports* degli incontri del gruppo di lavoro sono reperibili all'indirizzo: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/WCD/GTMEDReports_en.asp.

⁴⁴ Il testo delle *Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, CEPEJ(2007)13, può essere consultato all'indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1223865&Site=COE>. Cfr., ampiamente, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le “istruzioni per l'uso” del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 1, 2008, 201 ss.

⁴⁵ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 228 ss., che si sofferma sulle iniziative, fino ad ora senza successo, del Consiglio d'Europa per risolvere il problema italiano della durata eccessiva delle procedure giudiziarie, con conseguenze drammatiche anche per le vittime.

un'ampia informazione su questi temi, a tutti i livelli, dentro e fuori il sistema giudiziario, nonché attraverso la promozione della ricerca scientifica (§§ 36-50).

Quanto al primo punto, è scontato che le linee guida si soffermino innanzitutto sulla necessità, per gli Stati Membri, di estendere l'applicazione della mediazione a tutte le fasi del procedimento penale (§§ 9 e 10).

Il ruolo più importante, nella funzione promozionale di informazione ed invito, rivolti alle parti o, addirittura, di diretta attivazione della procedura mediativa (§ 11) è riconosciuto proprio alla magistratura ed alle altre autorità coinvolte nella giustizia penale. “Il collegamento tra il sistema della giustizia penale ed i servizi di mediazione è inequivocabilmente delegato, dunque, agli organi giudiziari”⁴⁶, anche se il documento non dimentica di considerare il contributo dei servizi sociali, delle organizzazioni non governative (§ 12) e degli avvocati (§ 13), nel cui codice deontologico dovrebbero essere inseriti un obbligo o una raccomandazione di contenuto informativo, nei confronti dei propri assistiti, in merito all'esistenza o all'opportunità di utilizzare questi strumenti.

L'accessibilità alla procedura mediativa deve essere garantita anche attraverso la sua gratuità, od eventuale limitata e proporzionata onerosità. Per questo gli Stati sono invitati a promuovere i progetti di mediazione già esistenti e ad attivarne di nuovi, con un supporto anche finanziario (§ 10).

Per il resto, le *Guidelines* si soffermano soprattutto sulle garanzie e sul rapporto tra la giustizia riparativa, il diritto ed il processo penale, essendo il legislatore e l'autorità giudiziaria invitati ad identificare le possibili ricadute sui procedimenti penali della mediazione e degli accordi stipulati (§ 15). Senza un raccordo adeguato in materia, infatti, soprattutto nei sistemi caratterizzati dall'obbligatorietà dell'azione penale, l'obiettivo dell'efficienza non potrebbe essere raggiunto.

È indispensabile, in ogni caso, che la vittima ed il reo siano consapevoli dei propri diritti attraverso un'informazione approfondita che investa anche le ricadute processuali della partecipazione al processo

⁴⁶ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima*, cit., 203.

riparativo e di un eventuale esito positivo (§§ 31-33); gli effetti sostanziali e processuali di un programma di giustizia riparativa “dovrebbero essere riconoscibili grazie a una quanto mai opportuna trasparenza comunicativa tra l’ordinamento giuridico e i suoi destinatari”⁴⁷.

Le Linee guida del CEPEJ riprendono quindi, in diversi punti, alcuni importanti principi già formulati nei documenti precedenti, a livello europeo o internazionale, sui quali si andrà ora a riflettere delineando i principali tratti del quadro giuridico di riferimento della giustizia riparativa.

1.3. La disciplina dei processi riparativi nelle fonti sovranazionali: analisi delle linee guida fondamentali

Una rilettura complessiva dei documenti fino ad ora indicati – ed in particolare della Raccomandazione del Consiglio d’Europa sulla mediazione penale e della Risoluzione ONU 2002/12 del 24 luglio 2002, nonché di alcuni passaggi delle *Guidelines* 2007 del CEPEJ – consente di individuare i principali profili da consolidare e potenziare per garantire nei diversi ordinamenti una certa uniformità nella disciplina e negli standard qualitativi assicurati dai processi riparativi attivati⁴⁸.

La Raccomandazione e la Risoluzione si soffermano sull’accessibilità allo strumento. Esse prevedono che i programmi di giustizia riparativa siano un servizio “generalmente disponibile” (§ 3 Racc.) e “fruibile in ogni fase del procedimento/sistema di giustizia penale” (§ 4 Racc.; § 6 Principi base).

A tale riguardo, la dottrina si è soffermata spesso sull’opportunità che i centri di mediazione agiscano in un contesto pubblicistico ed offrano prestazioni gratuite. Questo aspetto appare fondamentale nell’ambito del diritto penale, che condivide una natura pubblica; è necessario

⁴⁷ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima*, cit., 207.

⁴⁸ Cfr. A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 6, 773. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 181, descrive le linee guida come “il tessuto che tiene insieme la serietà, la qualità, l’efficacia e le garanzie dei programmi di giustizia riparativa, in una parola la loro *credibilità*”.

evitare che la materia sia dominata da logiche di mercato, garantendone una piena collocazione “nella sfera dell’etica pubblica”⁴⁹.

Nel Preambolo della Raccomandazione è posto in risalto l’invito a che l’implementazione dei processi riparativi avvenga senza privare le parti di un insieme di garanzie corrispondenti a quelle enunciate nella C.E.D.U.⁵⁰. I documenti internazionali richiamano, infatti, anche per queste procedure, i principi fondamentali di un “giusto processo”: diritto di difesa⁵¹, diritto alla traduzione, diritto ad un vaglio delle “autorità della giustizia penale” – o, più specificamente “giudiziale”, quanto agli esiti, secondo le Nazioni Unite – sull’invio di un caso in mediazione e sulla valutazione dell’esito, nonché celerità, con particolare riferimento alla prosecuzione del procedimento penale, a seguito del fallimento della procedura riparativa o della mancata esecuzione dell’accordo raggiunto (§ 8, 9 e 18 Racc.; § 11, 13, 16 e 17 Principi base)⁵².

La Raccomandazione e la Risoluzione si soffermano tuttavia anche su alcune specifiche garanzie.

La libera e spontanea (§ 1 Racc.; § 7 Principi base) adesione, da parte degli interessati, ai programmi di riparazione-mediazione, che possono rappresentare un’alternativa al giudizio rappresenta la regola d’oro della giustizia riparativa. “La libertà e la volontarietà costituiscono la struttura stessa del modello”, rendendo, di fatto, praticabile l’incontro proficuo tra il reo e la vittima; sono condizioni di senso e di fattibilità

⁴⁹ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, cit., 773. Sul punto si sofferma anche il citato commento (*Explanatory memorandum*) alla Raccomandazione (§ *II General principles*), senza però arrivare a parlare di gratuità delle prestazioni.

⁵⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 217.

⁵¹ Su questo profilo si soffermano in particolare A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 264, pur nel rispetto dei momenti tipici della procedura mediativa, e R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2009, 36 ss.

⁵² Cfr. G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.

dei processi riparativi⁵³. Come è stato rilevato, esse permettono altresì di scongiurare possibili attriti con i principi fondamentali del processo penale⁵⁴.

Il consenso – consapevole, informato, spontaneo, mai viziato da pressioni o da altri mezzi subdoli (§ 13 Principi base; §§ 10, 11, 13⁵⁵ Racc.)⁵⁶ – deve coprire tutte le fasi dell’*iter* (può essere revocato in qualunque momento: § 1 Racc.; § 7 Principi base) ed investire gli eventuali accordi risarcitori o riparatori, che devono rispondere a criteri di ragionevolezza e proporzione (§ 31 Racc.; § 7 Principi base).

Come è stato precisato, ciò non significa che i mediatori debbano limitarsi a prendere atto della mancanza del consenso: nel colloquio preparatorio essi possono investire del tempo a comprenderne i motivi ed a rimuoverne le cause, quando queste risiedano, in particolare, nella disinformazione o nella mancanza di fiducia⁵⁷.

Altro principio/dovere importante è quello della confidenzialità: l’incontro di mediazione è protetto, essendo impedita qualsiasi forma di diffusione dei contenuti, salvo che con l’accordo dei partecipanti (§ 2 Racc.; § 14 Principi base)⁵⁸. Le ragioni sono due: garantire una libera espressione tra le parti e tutelare il principio del *nemo tenetur se dete-*

⁵³ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 194 s. Cfr., altresì, R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 32 ss.

⁵⁴ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 259.

⁵⁵ Il § 13 Racc., in particolare, richiede che la mediazione non sia intrapresa se “una delle parti principali non è capace di comprendere il senso della procedura”.

⁵⁶ Come rileva il citato commento (*Explanatory memorandum*) alla Raccomandazione (§§ III-IV *Legal basis; The operation of criminal justice in relation to mediation*), l’induzione forzata a partecipare al programma riparativo può costituire una violazione del giusto processo e quindi dell’art. 6 della C.E.D.U., in quanto la mediazione può implicare una rinuncia al (diritto al) giudizio ed è necessario verificare che la rinuncia sia formulata nelle condizioni appropriate.

⁵⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 196.

⁵⁸ Per un’analisi dettagliata del principio e delle sue possibili eccezioni, cfr. il volume R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., *passim*. In particolare, sul possibile accordo in merito alla diffusione di alcune informazioni, cfr. pag. 175.

gere⁵⁹. Il mediatore, riferendo alle autorità circa l'esito della mediazione, non deve soffermarsi su quanto è emerso in seno ad essa, né esprimere un giudizio sul comportamento dei protagonisti (§ 32 Racc.), nonostante le medesime autorità spesso preferiscano ricevere (ed addirittura richiedano) una relazione dettagliata⁶⁰.

Le Linee guida del CEPEJ (§§ 17 e 18) ribadiscono la necessità di una disciplina legislativa, da parte di ogni Stato, di tale dovere, da considerarsi vincolante per il mediatore e meritevole di adeguata sanzione deontologica, in ipotesi di violazione, in ogni fase della procedura ed anche successivamente alla sua conclusione. Eventuali eccezioni devono essere previste tassativamente⁶¹, in modo da guidare correttamente l'operato dei mediatori penali nei casi complessi in cui questi ultimi possono trovarsi o di fronte "ai "costi morali" dell'infedeltà alla riservatezza assicurata alle parti o alle conseguenze giuridiche dell'eventuale omissione di denuncia o rapporto"⁶². Il Codice deontologico europeo dei mediatori in materia civile e commerciale potrebbe fungere da modello, stimolando l'elaborazione di uno strumento affine anche in materia penale (§ 28).

Molto delicata è poi la questione attinente alla necessità di una sorta di previa "assunzione di responsabilità" da parte dell'accusato, alla quale la mediazione sarebbe subordinata. Si ritiene che essa sia importante per garantire l'osservanza del principio di non colpevolezza (da intendersi come divieto di "coinvolgimento di persone estranee ai fatti")⁶³ e

⁵⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 268. Cfr. R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 43 s.

⁶⁰ K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 30.

⁶¹ Alcune eccezioni sono contemplate anche nella Raccomandazione del 1999, dove, al § 30, si prevede che il mediatore dovrebbe essere chiamato a riferire alle autorità o alla persona interessata le informazioni concernenti imminenti gravi reati, che siano state fornite nel corso della mediazione.

⁶² A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima*, cit., 204.

⁶³ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 206. Il vero rischio di violazione del principio, però, non si coglie tanto sotto questo profilo, quanto invece

comunque, soprattutto, per poter materialmente dar corso alla mediazione in relazione ad un fatto rispetto al quale le parti, anche solo per poterne parlare fruttuosamente, non devono dichiararsi estranee⁶⁴. La dottrina ha tuttavia precisato che tale ammissione deve riguardare solo la partecipazione al fatto e deve essere così distinta dalla responsabilità penale in senso stretto, da accertarsi unicamente nel corso del giudizio⁶⁵. I documenti parlano prudentemente di mero “riconoscimento dei fatti principali (*basic facts of a case*) della questione”, precisando che la partecipazione alla mediazione – in caso di esito negativo – non deve essere utilizzata contro l'imputato come prova di ammissione di colpevolezza in sede giudiziaria (§ 14 Racc.; § 8 Principi base)⁶⁶; come è stato affermato, “deve escludersi che tale ammissione valga come confessione, ossia come prova”⁶⁷.

Non è chiaro, invece, se il riconoscimento debba essere operato davanti ai mediatori o, invece, preliminarmente, davanti alle autorità invianti. La possibile tensione con il principio di innocenza suggerisce senza dubbio la prima soluzione, mantenendo separato nettamente il profilo relativo alle condizioni processuali per dare avvio alla media-

sotto il profilo che si analizzerà a breve: il riflesso del “riconoscimento”, in sede giudiziale.

⁶⁴ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 207, rileva una sorta di parità tra i protagonisti della vicenda, richiedendo, entrambi i documenti, che tutti condividano gli aspetti significativi dei fatti.

⁶⁵ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 198, nt. 21. Cfr. R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 115. A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., 776, a dire il vero, ritengono che non si debba proprio parlare di responsabilità “viste le implicazioni necessariamente normative di tale concetto”.

⁶⁶ R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 31 ss.; 67. Cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 15.

⁶⁷ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s. L'Autrice, in particolare, evidenzia come, ai fini di *diversion*, il giudice debba solo limitarsi a verificare, in negativo, i presupposti per una pronuncia immediata di archiviazione o per una sentenza di proscioglimento, dando rilievo alla scelta negoziale dell'indagato/imputato di aderire alla procedura di mediazione.

zione da quello relativo al vero e proprio svolgimento della procedura. Almeno per quanto riguarda i processi riparativi esterni ai programmi trattamentali, i mediatori non dovrebbero distinguere, nel verbale da trasmettere al giudice, tra mancata disponibilità allo svolgimento della mediazione ed esito negativo della stessa, come è stato lucidamente rilevato⁶⁸.

Le Nazioni Unite precisano anche che la mancata esecuzione di un accordo già raggiunto, che non abbia assunto la forma di una decisione giudiziale, non può giustificare una sanzione più severa nei giudizi penali successivi (§ 17 Principi base)⁶⁹.

Come è stato affermato, “la separazione tra processo penale e mediazione-riparazione è qui nettissima”⁷⁰ e, se il Consiglio d’Europa si limita a chiedere che l’ambiente in cui i processi riparativi si svolgono sia “sicuro e confortevole” (§ 27 Racc.), secondo la dottrina, per meglio esprimere questa scissione, i centri deputati dovrebbero essere collocati in luoghi diversi rispetto alle aule giudiziarie, alle caserme, agli uffici di pubblica sicurezza, privi di connotazioni o implicazioni ideologiche, religiose, politiche⁷¹.

I provvedimenti di proscioglimento (o archiviazione) pronunciati a seguito di mediazione positiva dovrebbero avere il medesimo statuto delle decisioni giudiziarie e dovrebbero vietare di procedere nuovamente per i medesimi fatti (art. 17 Racc.; § 15 Principi base; § 30 Linee

⁶⁸ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s.

⁶⁹ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 132.

⁷⁰ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, cit., 775.

⁷¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 272; A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, cit., 774. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 204, afferma che i concetti di “sicurezza” e “confortevolezza” sono interiori e non materiali: “è sicuro e confortevole l’incontro in cui gli interessati si sentono sufficientemente protetti da potersi esprimere con sincerità e libertà mettendo a tema tutte le questioni che ritengono rilevanti e necessarie per la prosecuzione tranquilla della loro vita e del loro eventuale rapporto”.

guida del CEPEJ). Qualora, invece, la mediazione non sia possibile o abbia esito negativo, è necessario che il caso venga celermente restituito all'autorità giudiziaria inviante, la quale deve decidere senza ritardo su come procedere (§ 18 Racc.; §§ 16 e 17 Principi base)⁷².

Sebbene l'autorità giudiziaria possa essere considerata l'istanza determinante "in entrata" (invio del caso) ed "in uscita" (valutazione processuale del suo esito)⁷³, il ruolo del mediatore, come già descritto, è estremamente significativo per la buona riuscita dei processi riparativi, in cui si innestano, tra i partecipanti, relazioni di forza molto complesse⁷⁴: l'uno è il possibile aggressore ma subisce il procedimento penale, l'altro è la vittima, ma in molti casi ha scatenato la reazione dello Stato; l'uno "è soggetto attivo dell'offesa ma soggetto passivo dell'obbligazione riparatoria, l'altro è soggetto passivo dell'offesa ma beneficiario dell'attività riparatoria"⁷⁵.

Il mediatore è privo di potere decisionale⁷⁶ e non parteggia⁷⁷, ma è coinvolto e si coinvolge nell'aiutare le parti a partecipare pienamente

⁷² Più delicata è la questione del tempo della mediazione, che deve svolgersi con un ritmo sostenibile (§ 28 Racc.), nel rispetto del "tempo interiore" delle parti, come rileva C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 103. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 377 ss. Bisogna trovare un equilibrio delicato tra celerità, efficienza ed esigenze individuali dei partecipanti: A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 272.

⁷³ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 114. Per C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 210, questa rappresenterebbe una ragione in più per non sovrapporre la figura del giudice a quella del mediatore. Nel § 15 dei Principi base, più esplicitamente, si richiede addirittura una supervisione giudiziale dell'accordo (cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 266 s.), anche se è soprattutto compito del mediatore evitare che le obbligazioni assunte siano illecite.

⁷⁴ Cfr. R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 38 ss.

⁷⁵ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., 775.

⁷⁶ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 198. G. DI CHIARA, *Sce-*

alla mediazione ed a trarne tutto il beneficio possibile⁷⁸. Deve saper gestire le emozioni dell'autore e della vittima, senza alcun copione pre-stabilito, e le sue competenze devono essere supportate da una formazione seria e continua. Per tale ragione, i documenti dedicano una particolare attenzione a questa figura, richiedendo l'elaborazione di percorsi formativi volti all'acquisizione ed al mantenimento delle capacità necessarie a svolgere tale delicato compito⁷⁹.

La Raccomandazione prevede che i mediatori siano “reclutati in tutte le aree della società”, mentre le Nazioni Unite richiedono che essi generalmente “possiedano una buona conoscenza delle culture locali e delle comunità” (§ 22 Racc.; § 19 Principi base). Essi dovrebbero essere selezionati anche sulla base del loro “buonsenso e delle capacità relazionali” e ricevere, prima di intraprendere l'attività di mediazione, una formazione iniziale di base, che favorisca l'acquisizione di un elevato livello di competenza, comprensivo delle abilità nella risoluzione del conflitto e degli ulteriori requisiti necessari per lavorare con le vittime e con gli autori di reato (§ 24 Racc.; § 19 Principi base).

La formazione, che deve poi assumere un carattere permanente, non include solo le tecniche di mediazione, ma si estende anche alla conoscenza del sistema di giustizia penale (§ 24 Racc.).

Le Linee guida del CEPEJ (§§ 19 e 20) integrano queste indicazioni, attraverso una puntuale elencazione delle materie da affrontare nei pro-

nari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti, cit., 500 ss., rileva come, stando alle fonti sovranazionali, l'alterità tra il facilitatore e l'organo giudiziario costituisca un presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo.

⁷⁷ L'imparzialità del mediatore è richiesta già nelle norme definitorie della Raccomandazione (§ I) e dei Principi base (§ 5). Nei Principi base, poi (§ 18) – analogamente a quanto previsto nel § 26 Racc. –, si ribadisce che i mediatori devono svolgere i loro compiti in modo imparziale, con il dovuto rispetto della dignità delle parti. Cfr. G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss. Come rileva A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 274, il mediatore non deve solo essere terzo ed imparziale, ma anche apparire tale.

⁷⁸ Un chiarimento in questo senso è offerto nel già citato commento (*Explanatory memorandum*) alla Raccomandazione (§ V.3. *Handling of individual cases*).

⁷⁹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 177.

grammi formativi, includendo la deontologia del mediatore, i rapporti tra la mediazione ed il sistema penale, il quadro normativo di riferimento ed i vari metodi della giustizia riparativa.

L'adozione di standard minimi di competenze richieste e di regole deontologiche, nonché di specifiche procedure per la selezione, formazione e valutazione dei mediatori (§ 20 Racc.), viene seriamente raccomandata dal Consiglio d'Europa, unitamente ad uno scambio costante di buone pratiche tra mediatori penali europei (§§ 22 e 23 Linee guida del CEPEJ)⁸⁰.

Al fine di garantire l'uniformità di applicazione dei programmi riparativi, è infine richiesto un lavoro di coordinamento continuo tra gli operatori del settore, gli studiosi e le autorità, accompagnato da ricerche e valutazioni, da consultazioni regolari tra magistrati e mediatori⁸¹, nonché dall'elaborazione di linee guida e di codici di condotta (§§ 7, 20, 33, 34 Racc.; §§ 12, 21, 22 Principi base).

L'opera, assai delicata, di monitoraggio e verifica in merito ai programmi di giustizia riparativa deve essere caratterizzata da rigore e continuità (§ 15 delle Linee guida 2007; § 34 Racc.)⁸². A tal fine, si richiede la creazione di un ufficio competente, un "organo di vigilanza" indipendente sull'uniformità di applicazione di tali pratiche e sul rispetto delle linee guida e delle norme deontologiche (§ 21 Racc.).

⁸⁰ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima*, cit., 205.

⁸¹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 191, precisa che, come si richiede la conoscenza del sistema penale da parte dei mediatori, allo stesso modo, giudici e pubblici ministeri devono essere al corrente del funzionamento, dei percorsi e dei risultati della mediazione-riparazione.

⁸² Cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 192 s.

1.4. Le iniziative dell'Unione europea: dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale del 15 marzo 2001 alla Direttiva 2012/29/EU del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato

Lo strumento di armonizzazione più efficace elaborato in ambito europeo fino all'adozione della Direttiva del 2012 è senza dubbio rappresentato dalla Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001 sulla "posizione della vittima nel procedimento penale", dovuta all'iniziativa della Repubblica Portoghese, all'epoca della sua presidenza di turno dell'Unione europea⁸³.

Essa è "espressione del rafforzamento, all'interno dell'Unione europea, di una politica criminale di valorizzazione delle vittime in concomitanza con l'evoluzione del terzo pilastro"⁸⁴ e si inserisce in un contesto di disposizioni volte a ravvicinare le legislazioni e le prassi dei Paesi europei relativamente alla posizione ed ai principali diritti di chi ha subito il reato⁸⁵, preoccupandosi di distinguere nettamente il profilo civilistico da quello penalistico, con il precisare che le disposizioni in materia di risarcimento e di mediazione non riguardano le soluzioni che sono proprie del procedimento civile (Preambolo).

Nel quadro di un più ampio riconoscimento di un ruolo "effettivo ed appropriato" della vittima nell'ambito del sistema di giustizia penale (art. 2), accompagnato anche dalla richiesta agli Stati Membri di impegnarsi nella creazione e nello sviluppo di servizi specializzati che siano

⁸³ Cfr. I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 49 ss.; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 110 ss.; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 74 s.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 98 ss.; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 131 s.; G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 161; G. DE AMICIS, *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, n. 15, 26 ss.

⁸⁴ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 7. Cfr. anche M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., 103 ss.

⁸⁵ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 219.

in grado di rispondere alle esigenze delle vittime in ogni fase del procedimento (art. 13), l'atto normativo europeo si interessa di alcune questioni fondamentali: il rapporto tra la vittima ed il processo, il trattamento della vittima residente in uno Stato diverso rispetto a quello in cui il reato è stato commesso (cooperazione giudiziaria) e la mediazione penale⁸⁶.

Al diritto al risarcimento è riconosciuto in particolare uno spazio importante, essendo richiesto che i tempi per una statuizione a riguardo nel corso del giudizio penale siano ragionevoli e che gli Stati Membri adottino misure appropriate per incoraggiare l'autore a risarcire (art. 9)⁸⁷. All'art. 10, poi – sebbene il tema non sia affrontato dettagliatamente – è previsto che ogni Stato provveda a promuovere, prima o durante il giudizio penale⁸⁸, la mediazione per le offese (reati) che siano considerate appropriate per questo tipo di misure ed assicuri che possano essere presi in considerazione eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso di tale processo riparativo.

Come è stato affermato, è necessario che, in qualche misura, a seguito dell'accordo muti l'atteggiamento dell'ordinamento giuridico verso le parti ed, in particolare, verso l'autore dell'illecito⁸⁹.

L'attuazione della Decisione quadro ha incontrato tuttavia molte resistenze⁹⁰.

⁸⁶ Per un'analisi dei tre profili cfr. M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 111 ss. e M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 8 ss.

⁸⁷ Secondo G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 168 s., però, il 9° considerando limiterebbe la portata di tale disposizione, precisando che agli Stati Membri non è imposto di garantire alla vittima un trattamento equivalente a quello delle altre parti del processo.

⁸⁸ Un tanto si desume dalla definizione di mediazione offerta dalla Decisione quadro. Può essere utile ricordare, infatti, che la Decisione quadro contiene una definizione particolare, perché posta in stretta relazione con il procedimento penale, dalla quale si può ricavare il riferimento ai momenti in cui essa può essere attivata: "ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona competente".

⁸⁹ Cfr., sulla questione, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 208.

⁹⁰ Cfr. le osservazioni di F. RUGGIERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 4343 ss., sulla scorta dei primi rapporti

Con specifico riferimento alle procedure riparative, nei singoli ordinamenti le opzioni normative accolte sono state diversificate⁹¹ e, nonostante l'art. 17 abbia imposto agli Stati Membri di emanare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi al disposto dell'art. 10 entro il 22 marzo 2006, non tutti vi hanno provveduto⁹². L'Italia, nonostante la mediazione venga indicata come uno strumento utile per migliorare l'efficienza e l'efficacia del sistema penale ed il termine di attuazione sia abbondantemente scaduto, non ha mostrato un serio impegno verso l'implementazione della disciplina, omettendo di investire su nuovi istituti, riconducibili al paradigma della giustizia riparativa, almeno fino alla riforma elaborata nel 2014, con l'introduzione della procedura mediativa nell'ambito della sospensione del procedimento con messa alla prova⁹³.

Era quindi prevedibile un intervento sul punto della Corte di giustizia, la quale, a partire dall'innovativa sentenza *Pupino* del 2005, ha avuto occasione di pronunciarsi in via pregiudiziale più volte, anche di recente, proprio con riferimento all'interpretazione di tale Decisione,

sulla sua attuazione e di G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, IV, 204, il quale individua, in tale atteggiamento degli Stati, l'espressione di una generale contrarietà all'armonizzazione delle procedure nazionali.

⁹¹ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 889, parla – riferendosi in generale ai diritti delle vittime – di “ineguaglianze sempre meno sopportabili all'interno di uno spazio giuridico comune”.

⁹² Le scadenze per l'attuazione della Decisione quadro erano diversificate, a seconda della disposizione considerata (altre scadenze: 22 marzo 2002 e 22 marzo 2004): cfr. G. DE AMICIS, *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, cit., 27. Sullo stato dell'implementazione della Decisione quadro si può consultare il rapporto finale del progetto *Victims in Europe*, finanziato dalla Commissione Europea e realizzato dall'APAV (Portuguese Association for Victim Support) (<http://apav.pt/vine/>).

⁹³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 233; M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 25. Come rileva M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 115 s., in Italia, in realtà, si registrano solo interventi per alcuni reati, ma manca uno statuto generale della vittima.

scrivendo alcuni capitoli giurisprudenziali importanti sulla tutela della vittima nel processo penale⁹⁴.

⁹⁴ Tra le pronunce più significative che riguardano la Decisione quadro dobbiamo ricordare l'ormai nota sentenza *Pupino*, della Corte di giustizia UE (Grande Sezione) del 16 giugno 2005, relativa alla Causa C-105/03, nel procedimento penale a carico di Maria Pupino (accusata di maltrattamenti, percosse e lesioni personali nei confronti di bambini), avente ad oggetto una questione interpretativa pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Firenze, in cui sono stati cristallizzati alcuni principi fondamentali. La Corte, oltre ad essere intervenuta per la prima volta in via pregiudiziale sull'interpretazione di una Decisione quadro, ha stabilito che sussiste un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale a tali atti normativi del "Terzo Pilastro", nel limite del rispetto dei diritti fondamentali dello Stato interessato. Essa ha infatti riconosciuto il diritto dei singoli a far valere le decisioni quadro al fine di ottenere un'interpretazione conforme del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri ed ha quindi affermato che "il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta Decisione quadro". Come è stato affermato, si è riconosciuto anche ad uno strumento normativo del c.d. "Terzo Pilastro" dell'Unione un valore condizionante l'interpretazione del giudice nazionale, sulla scorta della somiglianza con la direttiva (cfr. A. NISCO, *Persona giuridica "vittima" di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, 794; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 122 s.). Nella recentissima sentenza della Corte di giustizia UE (Seconda Sezione) del 12 luglio 2012, relativa alla Causa C-79/11, procedimento penale a carico di Maurizio Giovanardi, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze ("Se la normativa italiana in tema di responsabilità amministrativa degli enti/persone giuridiche di cui al Decreto Legislativo n. 231/2001 e successive modificazioni, nel non prevedere "espressamente" la possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere dei danni cagionati alle vittime dei reati nel processo penale, sia conforme alle norme comunitarie in materia di tutela della vittima dei reati nel processo penale"), con ordinanza del 9 febbraio 2011, pervenuta in cancelleria il 22 febbraio 2011, è stato poi affermato che: "L'articolo 9, paragrafo 1, della Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato". Le sentenze sono tutte reperibili sul sito della Corte di giustizia UE (<http://curia.europa.eu>). Cfr. D. VOZZA, *Tutela della vittima nel procedimento penale: il discrimen tra garanzie sostanziali e procedurali quale limite all'intervento della Corte di Giustizia?* (2011), in <http://www>.

Per quanto ci riguarda, i primi dubbi sono sorti in merito alla definizione di vittima offerta dall'art. 1 lett. a), ristretta – come abbiamo già ricordato, sulla scorta del tenore letterale della norma – alla figura della “persona fisica”. Nell'ambito specifico della mediazione, la conclusione della Corte è, a maggior ragione, coerente con quanto affermato precedentemente dalla stessa in una sentenza che si occupava, più in generale, della medesima nozione nel contesto dell'intero documento: “la Decisione quadro non impedisce, nè obbliga gli Stati membri ad applicare le disposizioni in essa previste anche quando la vittima è una persona giuridica”. Tale interpretazione, secondo il Giudice europeo, non genera alcuna discriminazione ai danni di quest'ultima. Le persone fisiche

si trovano in una situazione oggettivamente diversa da quella delle persone giuridiche, data la loro maggiore vulnerabilità e la natura degli interessi che soltanto le violazioni commesse nei confronti delle persone fisiche possono pregiudicare, come ad esempio la vita e l'integrità fisica della vittima⁹⁵.

penalecontemporaneo.it, il quale – con riferimento alla sentenza *Pupino* – sottolinea come essa, sotto il profilo istituzionale, abbia assottigliato “ancora prima della completa soppressione della struttura a pilastri prevista nel Trattato di Lisbona, le differenze con la prima “colonna” del “tempio” europeo”. G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo*, cit., 205, pone l'accento sul ruolo decisivo svolto dal formante giurisprudenziale nel contesto europeo. Cfr. altresì M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 28 ss.

⁹⁵ Si tratta, come già ricordato nel primo capitolo, della sentenza della Corte di giustizia UE (Seconda Sezione) del 21 ottobre 2010, relativa alla Causa C-205/09, procedimento penale a carico di Emil Eredics e Mária Vassné Sápi (Domanda di pronuncia pregiudiziale: Szombathelyi Városi Bíróság – Ungheria), vertente sull'interpretazione degli artt. 1, lett. a), e 10, n. 1, della Decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiedeva sostanzialmente se gli artt. 1, lett. a), e 10 della Decisione quadro dovessero essere interpretati nel senso che la nozione di “vittima” includesse, ai fini della promozione della mediazione nelle cause penali prevista al citato art. 10, n. 1, anche le persone giuridiche); nello stesso senso, precedentemente, cfr. la già citata sentenza della Terza Sezione del 28 giugno 2007, relativa alla Causa C-467/05, procedimento penale a carico di Giovanni Dell'Orto (avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234

Il secondo profilo di cui la Corte si è occupata – e che rileva in questo contesto – attiene invece a quanto anticipato in tema di implementazione dell'atto normativo, con riferimento alla mediazione.

La Corte di giustizia ha di fatto escluso la natura strettamente pre-cettiva dell'art. 10, che, effettivamente, ha una formulazione piuttosto “vaga”⁹⁶ ed un significato importante, ma soprattutto “di principio”, simbolico⁹⁷. Essa ha affermato che l'art. 10 della Decisione quadro 2001/220 deve essere

interpretato nel senso che non obbliga gli Stati membri a consentire il ricorso alla mediazione per tutti i reati il cui elemento oggettivo, come definito dalla normativa nazionale, corrisponda in sostanza a quello dei reati per i quali la mediazione è espressamente prevista da tale normativa,

sulla scorta dell'osservazione per la quale esso si limita ad imporre agli Stati membri di provvedere a promuovere la mediazione per le offese che essi ritengano “idonee”. La scelta dei reati rientra nella loro discrezionalità⁹⁸. Analogamente, nella sentenza *Gueye e Salmerón Sán-*

CE, dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, con ordinanza 6 ottobre 2005, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre 2005). Su questa seconda sentenza si rinvia al commento di A. NISCO, *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, cit., 784 ss., anche per alcune note critiche, in particolare sull'asserita ontologica incompatibilità di tutte le disposizioni della Decisione quadro con la natura delle persone giuridiche e sul rischio di un livello differenziato di tutela per le vittime.

⁹⁶ In questi termini, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 31.

⁹⁷ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo*, cit., 208, rileva come un inadempimento possa, forse, concretizzarsi solo quando uno Stato non preveda alcuna forma di mediazione.

⁹⁸ Così la sentenza *Eredics* appena citata, che coerentemente afferma: “dal tenore stesso dell'art. 10 e dall'ampio margine discrezionale che la Decisione quadro lascia alle autorità nazionali quanto alle modalità concrete di attuazione dei suoi obiettivi [...] risulta che, stabilendo di consentire l'applicazione della procedura di mediazione soltanto nel caso di reati contro la persona, contro la sicurezza dei trasporti o contro il patrimonio, scelta che riguarda sostanzialmente motivi di politica giuridica, il legislatore ungherese non è andato oltre il margine discrezionale di cui dispone”.

chez del settembre 2011, la Corte – investita della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo con riferimento alla disciplina normativa che vieta in Spagna la mediazione indistintamente in tutti i casi di reati commessi nell’ambito della violenza di genere ed intrafamiliare – ha ribadito che gli Stati membri hanno un ampio margine di apprezzamento e possono escludere dalla procedura mediativa tali reati, tenuto conto della loro particolare natura⁹⁹.

Parallellamente alle pronunce della Corte l’attività normativa in materia di vittime è proseguita sempre con maggior incisività soprattutto in forza del nuovo art. 82 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, che ha offerto una solida base legale per un più efficace intervento¹⁰⁰. Così la Decisione quadro, i cui obiettivi non erano stati pienamente realizzati¹⁰¹, è stata sostituita da una nuova Direttiva contenen-

⁹⁹ Nella Sentenza della Corte di giustizia UE (Quarta Sezione) del 15 settembre 2011, relativa alle Cause riunite C-483/09 e C-1/10, procedimento penale a carico di Magatte Gueye e Valentin Salmerón Sánchez (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Audiencia provincial de Tarragona - Spagna), si è testualmente affermato, per quanto riguarda la mediazione, che “l’art. 10, n. 1, della Decisione quadro 2001/220 dev’essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri, tenuto conto della particolare natura dei reati commessi nell’ambito familiare, di escludere il ricorso alla mediazione in tutti i procedimenti penali relativi ai reati medesimi”. Questa sentenza riguardava – senza ravvisare alcuna violazione della Decisione – una sanzione di allontanamento obbligatoria di durata minima, prevista dall’ordinamento penale di uno Stato membro (Spagna) a titolo di pena accessoria, disposta nei confronti degli autori di violenze commesse nell’ambito familiare, anche quando le relative vittime contestavano l’applicazione della sanzione stessa e manifestavano l’intento di accedere alla mediazione penale. Cfr. M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 33.

¹⁰⁰ S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 4; M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4190.

¹⁰¹ Come ricordato nella relazione alla proposta di Direttiva di cui si andrà ora a parlare, nella Raccomandazione del Parlamento europeo, del 7 maggio 2009, sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell’Unione europea (INI/2009/2012), è stato invitato il Consiglio ad adottare un quadro giuridico completo che offra alle vittime di reato la più ampia protezione (in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:212:0116:01:IT:HTML>). Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

te obblighi concreti e pregnanti in materia di diritti delle vittime di reato: informazione, assistenza, protezione e partecipazione ai procedimenti penali¹⁰².

Va tuttavia notato l'atteggiamento cauto assunto dal legislatore europeo in relazione ai rischi di un'ulteriore vittimizzazione alla quale può essere esposta la vittima nel corso di un processo riparativo. Già la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea del 18 maggio 2011, volta ad istituire norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, evidenziava serie preoccupazioni in tal senso¹⁰³.

¹⁰² Nel 9° Considerando della Direttiva, enunciando un principio generale dalla portata rivoluzionaria, si parla di reato come non soltanto un torto alla società, "ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime". Cfr. L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 56.

¹⁰³ Il testo originario della proposta di Direttiva che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato 2011/0129 (COD) è consultabile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0275:FIN:IT:HTML>. Nella Relazione si legge che lo scopo del futuro Articolo 11 (oggi Art. 12) (Diritto a garanzie nel contesto della mediazione e di altri servizi di giustizia riparativa) "è garantire che, laddove siano forniti questi servizi, siano state predisposte garanzie per evitare un'ulteriore vittimizzazione della vittima derivante da tali processi. Occorre quindi che questi servizi pongano al centro gli interessi e le esigenze della vittima, il riparare il pregiudizio da essa subito e l'evitare ulteriori pregiudizi. È opportuno che la partecipazione della vittima sia volontaria, cosa che implica anche che essa abbia sufficiente conoscenza dei rischi e dei vantaggi per poter fare una scelta informata. Significa inoltre che, nell'affidare un caso alla giustizia riparativa e nello svolgere un processo di questo genere, occorre tenere conto di fattori, come gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di fare una scelta informata o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito. Se in linea generale i procedimenti a livello privato, se non concordato diversamente, devono essere riservati, si può ritenere che elementi come minacce fatte in questi contesti debbano venire segnalati nell'interesse generale. È opportuno, in conclusione, che ogni accordo fra le parti sia raggiunto volontariamente". Molti di questi passaggi sono ora contenuti nel 46° Considerando della Direttiva 2012/29/UE. Prima dell'Unione europea, come ricordato, il tema è stato oggetto di attenzione da parte del Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione N. R (2006)08 in tema di assistenza alle vittime di reato, che sostituisce quella del 1987, dove si è espressa per la prima volta una particolare considerazione per gli interessi delle vittime,

Una posizione più equilibrata veniva assunta dal Consiglio nel delineare gli obiettivi generali dell'azione in materia, proposta a livello di Unione europea, nell'ambito di una "tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime di reato, in particolare nei procedimenti penali", approvata con la Risoluzione del 10 giugno 2011, laddove si incoraggiava "il ricorso alla giustizia riparativa e a metodi alternativi di risoluzione delle controversie che tengano conto dell'interesse della vittima"¹⁰⁴. Tuttavia il testo definitivo della citata Direttiva 2012/29/UE confermava un approccio a tali strumenti caratterizzato da un'inedita, e forse eccessiva, cautela.

Va precisato, innanzitutto, che, rispetto alla Decisione quadro, nella Direttiva non si parla esclusivamente di mediazione penale, ma, più ampiamente, di "servizi di giustizia riparativa", che possono teoricamente comprendere processi riparativi meno noti in ambito europeo, come il dialogo esteso ai gruppi parentali o i consigli commisurativi (46° Considerando)¹⁰⁵. La definizione dei servizi offerta oggi dalla Direttiva (art. 2 c. 1 lett. d: "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale") – frutto di una modifica apportata al testo della Proposta¹⁰⁶ – appare però poco coerentemente modellata su

nella loro globalità, valutando non solo i benefici, ma anche i possibili rischi sottesi alle pratiche di giustizia riparativa (§ 13).

¹⁰⁴ Cfr. il testo della Risoluzione del Consiglio dell'U.E., del 10 giugno 2011, relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:187:0001:01:IT:HTML>.

¹⁰⁵ Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 6.

¹⁰⁶ La Proposta li definiva come "servizi che hanno lo scopo di mettere in contatto la vittima e l'accusato per farli raggiungere un accordo volontario sul modo in cui affrontare il pregiudizio derivante dal reato" e la modifica è stata apportata accogliendo, anche se solo in parte, i corretti rilievi del Comitato economico e sociale europeo, in sede di formulazione del parere richiesto dalla Commissione europea e dal Consiglio, che evidenziava che "la giustizia riparativa può essere esercitata in diversi modi che non comportano la partecipazione diretta o il confronto tra le persone". Cfr. il testo del Parere del Comitato economico e sociale europeo (votato in data 7 dicembre 2011) in: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:043:0039:01:IT:HTML>.

quella formulata, esclusivamente per la mediazione penale, dalla Raccomandazione No. R. (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con il rischio di generare ulteriore confusione a riguardo¹⁰⁷.

Al di là di questo profilo, l'art. 12 della Direttiva, nel richiedere agli Stati membri di facilitare “il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa, anche stabilendo procedure o orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio”, impone che tali servizi siano “utilizzati solo se sono nell'interesse della vittima” e siano “basati sul consenso libero e informato” della medesima, raccolto dopo un'informazione approfondita sui procedimenti e sui loro esiti potenziali, nonché addirittura sulle modalità di controllo nell'esecuzione di un eventuale accordo. Appaiono invece in gran parte corrispondenti alle linee guida già formulate nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale e nella Risoluzione ONU 2002/12, le disposizioni, contenute nel medesimo articolo, in merito alla necessità che i servizi siano sicuri e competenti, al previo riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte del reo (autore del reato), alla volontarietà dell'accordo raggiunto, di cui si potrà tener conto in ogni eventuale procedimento penale, ed agli obblighi di riservatezza¹⁰⁸.

I servizi di giustizia riparativa, così, sono effettivamente considerati come strumenti di “grande beneficio”¹⁰⁹ per la vittima, che diventa

¹⁰⁷ Come già ricordato, “procedimento che permette alla vittima ed al reo di partecipare attivamente, se lo consentono con libertà, alla soluzione dei problemi che il reato ha comportato, con l'aiuto di un terzo imparziale, il mediatore”. F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4, evidenzia come, nella mediazione, la comunità non intervenga direttamente nel conflitto. Non è del tutto incomprensibile nelle ragioni così, anche se espressione di una scelta ben poco coraggiosa, che l'Italia, nell'attuare la Direttiva 2012/29/UE con il d.lgs. 212/2015, abbia limitato le informazioni in materia, da dare alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, riferendole unicamente alle “possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione” (nuovo art. 90-bis c.p.p.) e dimenticando gli altri servizi di giustizia riparativa.

¹⁰⁸ M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4191.

¹⁰⁹ Cfr. 46° Considerando della Direttiva.

“protagonista nella definizione dei conflitti”¹¹⁰, e sono ritenuti funzionali alle esigenze della persona offesa, alla riparazione del danno subito ed alla prevenzione di ulteriori danni, tanto da dover essere resi noti tempestivamente alla medesima fin dal primo contatto con un’ autorità competente (art. 4)¹¹¹. Tuttavia, rispetto al dettato della Decisione quadro, le cautele, i timori, le riserve sono tali e tanti da indebolire gli stimoli per ricorrere effettivamente a tali servizi.

A riguardo, si è parlato di una sorta di “apertura condizionata” nei confronti della *restorative justice*¹¹² e, comunque, rimane incerto che si possa parlare di un vero e proprio diritto delle vittime di accedere a servizi di giustizia riparativa, nel quadro normativo esistente¹¹³.

¹¹⁰ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 21.

¹¹¹ S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 3.

¹¹² F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 7.

¹¹³ Un argomento contrario all’ avvenuta introduzione di un diritto delle vittime ad accedere ai servizi di giustizia riparativa è rinvenibile nelle note esplicative sull’ interpretazione dell’ art. 12, contenute nel documento sulla trasposizione e l’ implementazione della Direttiva elaborato dalla Commissione Europea (*DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, in <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=05758a3a-9e2e-49a5-a7ec-3737c3ad6876>), dove si afferma che non vi è un obbligo per gli Stati di introdurre i servizi riparativi, ove non esistenti nel diritto nazionale, anche se la giurisprudenza ivi richiamata non è utilizzabile perché fondata sulla Decisione quadro del 2001: “The Article does not oblige the Member States to introduce restorative justice services if they do not have such a mechanism in place in national law. Indeed, the CJEU has confirmed that Member States are not obliged to use mediation/restorative justice for all offences (CJEU rulings in cases C-205/09 Eredics34 and Joined Cases C-483/09 and C-1/10 Gueye/Sanchez35 interpreting Article 10 FD on mediation). Nevertheless, the Commission’s 2009 Implementation Report showed that most Member States have a regime making some form of criminal mediation available”. In M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4191 s., ci si chiede perché dovrebbe essere espressamente garantito alla vittima di essere informata sulla mediazione, se non le fosse riconosciuto anche il diritto di accedervi. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 104, ritengono invece che il lessema “servizi di assistenza” di cui al-

Non vi è dubbio che la tutela della vittima deve rimanere un obiettivo prioritario, anche nell'ambito di un processo riparativo, nei termini definiti dalla Direttiva. Ci sembra tuttavia indispensabile sottolineare come i timori di una vittimizzazione secondaria e ripetuta – che traspaiono dal testo attuale – possano essere in gran parte superati¹¹⁴ con il

l'art. 8 della Direttiva (“Diritto di accesso ai servizi di assistenza alle vittime: Gli Stati membri provvedono a che la vittima, in funzione delle sue esigenze, abbia accesso a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti nell'interesse della vittima, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale. I familiari hanno accesso ai servizi di assistenza alle vittime in conformità delle loro esigenze e dell'entità del danno subito a seguito del reato commesso nei confronti della vittima”) potrebbe costituire un'espressione atta a ricomprendere i servizi di giustizia riparativa. L'art. 8 andrebbe letto in una all'art. 4 (diritto all'informazione) ed all'art. 26 (cooperazione tra gli Stati). L'interpretazione favorevole all'esistenza di un diritto delle vittime a che possano accedere a programmi di giustizia riparativa appare tuttavia forzata. Appare preferibile ritenere invece che, proprio per la capacità dei servizi in questione di assicurare alle vittime un grande beneficio, gli Stati dovrebbero comunque mettere a loro disposizione dei percorsi riparativi, ai quali sia la vittima che l'autore di reato dovrebbero rimanere liberi di partecipare.

¹¹⁴ Un tanto vale soprattutto se non si è in presenza di una vittima particolarmente vulnerabile o in una situazione che la esponga particolarmente a un rischio elevato di danno, in quanto quest'ultima richiede cautele specifiche. Si legge, nel 38° Considerando della Direttiva 2012/29/UE: “Alle persone particolarmente vulnerabili o in situazioni che le espongono particolarmente a un rischio elevato di danno, quali le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono dovrebbero essere fornite assistenza specialistica e protezione giuridica. I servizi di assistenza specialistica dovrebbero basarsi su un approccio integrato e mirato che tenga conto, in particolare, delle esigenze specifiche delle vittime, della gravità del danno subito a seguito del reato, nonché del rapporto tra vittime, autori di reato, minori e loro ambiente sociale allargato. Uno dei principali compiti di tali servizi e del loro personale, che svolgono un ruolo importante nell'assistere la vittima affinché si ristabilisca e superi il potenziale danno o trauma subito a seguito del reato, dovrebbe consistere nell'informare le vittime dei diritti previsti dalla presente direttiva cosicché le stesse possano assumere decisioni in un ambiente in grado di assicurare loro sostegno e di trattarle con dignità e in modo rispettoso e sensibile. I tipi di assistenza che questi servizi specialistici dovrebbero offrire potrebbero includere la fornitura di alloggi o sistemazioni sicure, assistenza medica immediata, rinvio ad esame medico e forense a fini di prova in caso di stupro o aggressione sessuale, assistenza psicologica a breve e lungo termine, trattamento del trauma, consulenza legale, patrocinio legale e

peraltro rigoroso accertamento della formulazione di un consenso informato e libero alla partecipazione da parte di chi ha subito il reato¹¹⁵ e con la presenza del mediatore che, a differenza di molti altri operatori, dovrebbe essere una figura adeguatamente formata a rapportarsi con la persona offesa ed a gestire le dinamiche riparative.

D'altra parte, nelle ipotesi in cui non si dia corso, spesso nell'interesse del soggetto più debole¹¹⁶, ad un confronto diretto tra i protagonisti coinvolti, è possibile valorizzare, con riflessi processuali e sanzionatori diversi a seconda del tipo di reato, il comportamento positivo del reo, anche per evitare discriminazioni a danno di quest'ultimo. Come è stato rilevato, il rischio potrebbe essere altrimenti quello, contrario, di una strumentalizzazione, ai danni del reo, della "pur giusta esigenza di protezione della vittima"¹¹⁷

servizi specifici per i minori che sono vittime dirette o indirette di reati". L'art. 22, invece, prevede che le vittime siano oggetto di valutazione individuale per determinare se ed in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento. Alcune categorie di vittime (terrorismo, criminalità organizzata, tratta di esseri umani, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o sfruttamento sessuale, reati basati sull'odio e vittime con disabilità) sono oggetto di debita considerazione, mentre si presume che i minori abbiano sempre specifiche esigenze di protezione. F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 8, evidenzia la cautela della direttiva nelle ipotesi di particolari condizioni di vulnerabilità della vittima. Cfr. anche D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., 57 ss.

¹¹⁵ Proprio a tal fine, nel 46° Considerando, si richiede di tener conto, nell'affidare un caso ai servizi di giustizia riparativa "di fattori come la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di prendere decisioni consapevoli o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito". Cfr. altresì S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 7.

¹¹⁶ L'art. 19 della Direttiva, inserito nel capo IV, dedicato alla "protezione delle vittime e riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione", riconosce il diritto delle vittime all'assenza di contatti con l'autore del reato.

¹¹⁷ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo*, cit., 206 s., il quale si sofferma sulla necessità di evitare che i due assi fondamentali dello spazio giudiziario penale post Lisbona (i diritti della persona nella procedura penale ed i diritti delle vittime della criminalità) crescano in modo asimmetrico; aggiorn-

2. La giustizia riparativa in alcuni ordinamenti europei

Nel contesto europeo, la mediazione rappresenta l'unico processo riparativo concretamente attivato con una certa ampiezza, anche al di fuori di mere sperimentazioni¹¹⁸.

Essa è stata praticata occasionalmente a partire dagli anni Ottanta, ma nell'ultimo decennio del secolo scorso, anche sulla spinta delle iniziative sovranazionali, il numero di programmi e di casi trattati è cresciuto sensibilmente¹¹⁹.

La mediazione ha quindi cominciato a ricevere un supporto normativo: in alcuni ordinamenti, come quello francese e quello tedesco, essa è stata riconosciuta legislativamente e inserita nel codice di procedura penale e/o nel codice penale, da sola o unitamente alla riparazione¹²⁰.

A tale riguardo, è necessario tener presente alcuni problemi fondamentali che riguardano, da un lato, il grado di conformità della normativa del processo riparativo rispetto ai principi sanciti nell'ambito delle linee guida sovranazionali e, dall'altro, la definizione dei rapporti tra la giustizia riparativa ed il sistema tradizionale.

Se per i Paesi in cui vige un modello caratterizzato dal principio di discrezionalità dell'azione penale, il problema della rilevanza sostanziale e processuale dei programmi in materia è normalmente meno sentito, per gli altri ordinamenti è importante considerare anche le soluzioni legislative con le quali è stato declinato il dovere, per il pubblico ministero e per il giudice, di tener conto del percorso di mediazione e comunque di eventuali esiti riparativi, come richiesto dai documenti sovranazionali¹²¹.

L'indagine comparata verrà condotta con riferimento ad alcuni Paesi dell'Europa continentale, per cercare di individuare come gli strumenti

nare la “disciplina sulle vittime senza prima creare un contrappeso adeguato sul versante delle garanzie procedurali può essere prematuro e pericoloso”.

¹¹⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 197.

¹¹⁹ I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 291 s.

¹²⁰ K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 29 s.

¹²¹ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima*, cit., 208.

della giustizia riparativa si siano integrati in sistemi in cui vigono strutture dogmatiche e principi giuridici più lontani da quelli propri dei Paesi di *common law*, dove la *restorative justice* si è rapidamente affermata¹²². Si farà riferimento alla Francia, alla Germania ed alla Spagna, in considerazione – quanto al nostro oggetto di studio – del loro diverso e crescente, nell’ordine indicato, grado di omogeneità con i caratteri fondamentali del nostro ordinamento, riguardo a taluni profili del modello processuale adottato.

2.1. La giustizia riparativa in Francia

2.1.1. Origine delle pratiche mediative francesi in ambito penale. Inquadramento dell’istituto della mediazione

A partire dalla metà degli anni Ottanta, in Francia la mediazione penale è stata sperimentata in virtù di iniziative individuali, promosse spesso da magistrati e da operatori sociali all’interno di alcune realtà locali, come risposta alternativa alle disfunzioni della giustizia tradizionale¹²³. Le esperienze di pratiche riparative ormai radicate in Canada (soprattutto nel Québec) e negli Stati Uniti¹²⁴ hanno esercitato un’influenza decisiva nella promozione di questo processo, ma non deve essere

¹²² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 195.

¹²³ Uno dei primi e più noti esempi è quello del procuratore Apap, che nel 1985, a Valence, attiva alcuni significativi programmi di mediazione di quartiere. Cfr. A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L’esempio francese della “terza via”*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 20; M. TOULLIER, *La giustizia riparativa in Francia: quadro attuale e ipotesi di sviluppo*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 144; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 220; P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 132 e J. PRADEL, *Procédure pénale*, XVII ed., Paris, Édit. Cujas, 2013, 549.

¹²⁴ J. FAGET, *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, in I. AERTSEN, T. DAEMS, L. ROBERT (ed. by), *Institutionalizing Restorative Justice*, Cullompton, Willan, 2006, 151, afferma tuttavia che il concetto di giustizia riparativa non è familiare ai teorici ed ai pratici francesi.

dimenticato il ruolo svolto dalla dottrina. La mediazione costituisce, infatti, un tema sul quale, pionieristicamente, almeno per quel che riguarda il continente europeo, si sono confrontati con abbondanza di pubblicazioni molti autori francesi¹²⁵.

Va subito precisato che tali, faticosi, percorsi di sperimentazione all'interno della giustizia tradizionale sono stati in gran parte consentiti, ed in qualche modo sollecitati, proprio dalla vigenza del principio di opportunità dell'azione penale nell'ordinamento francese¹²⁶.

Tale principio, in Francia, non è espressamente regolato da una norma *ad hoc*, ma si è imposto e vige su base consuetudinaria¹²⁷,

¹²⁵ Cfr., tra gli altri, J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, 2010, 37 ss.; ID., *La médiation: une justice douce*, cit., 93 ss.; ID., *La médiation sociale et pénale*, in AA.VV., *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Editions érès, 2002, 15 ss.; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 75 ss.; ID., *La double vie de la médiation*, in *Droit et Société*, 1995, n. 29, 25 ss.; ID., *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, in M. JACCOUD (sous la direction de), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris, L'Harmattan, 2003, 227 ss.; ID., *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, cit., 155 ss.; ID., *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, in P. MARY (sous la direction de), *Travail d'intérêt général et médiation pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 67 ss.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 97 ss.; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 99 ss.; S. JACQUOT, Y. CHARPENEL, *La justice réparatrice*, Paris, L'Harmattan, 2012, 39 ss.; P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, II ed., Paris, L'Harmattan, 2004, 15 ss.; J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, cit., *passim*. Gran parte degli autori citati (che si interessano di branche diverse del sapere: sociologia del diritto, filosofia, diritto penale) affrontano con grande sensibilità il tema della mediazione, quale nuovo modello di regolazione dei conflitti, anche in ambito penale.

¹²⁶ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1984.

¹²⁷ Nel 2004, peraltro, il principio (come vedremo a breve) ha subito delle limitazioni, con l'introduzione dell'art. 40-1. Oggi, l'art. 40 c.p.p. ha il medesimo contenuto riportato nel testo, con l'aggiunta tuttavia della precisazione "in conformità alle disposizioni dell'art. 40-1" ("Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1").

giustificato, più che previsto, dalla disposizione di cui all'art. 40 c.p.p., che attribuisce al Procuratore della Repubblica il potere di esaminare e valutare la *notitia criminis* che, sotto qualsiasi forma (denuncia, rapporto, ecc.), gli giunga¹²⁸.

La dottrina francese sostiene infatti che la lettera della norma consente un'interpretazione favorevole all'opportunità, visto che l'articolo è formulato in questi termini: “il Procuratore della Repubblica riceve le querele e le denunce e valuta che seguito darvi”¹²⁹.

Proprio all'ombra della libertà riconosciuta agli organi dell'accusa, in contrapposizione alle pur sempre frequenti ipotesi di archiviazione semplice o secca (*classement sans suite*), i pubblici ministeri hanno iniziato a preoccuparsi di offrire una qualche risposta “graduata” alla domanda di giustizia formulata dai cittadini – soprattutto in casi di microdelinquenza urbana – ed a farsi carico delle ragioni della persona offesa, troppo spesso dimenticata e frustrata da sentimenti di ingiustizia ed insicurezza¹³⁰, attivando dei percorsi mediativi, condotti dallo stesso

¹²⁸ C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 469, il quale si sofferma anche sul diffuso atteggiamento positivo della dottrina francese verso questo principio. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, III ed., Paris, Ed. Economica, 2013, 775, parlano di norma “laconica”.

¹²⁹ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 537. L'Autore peraltro evidenzia come il principio di opportunità operi fino al momento dell'esercizio dell'azione penale; successivamente, il procedimento può concludersi solo con una pronuncia del giudice. Cfr. anche V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., 165; M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, in *Ind. Pen.*, 1995, n. 1, 188; B. BOULOC, *Procédure pénale*, XXV ed., Paris, Ed. Dalloz, 2016, 592. La traduzione in italiano delle norme redate in lingua francese è mia.

¹³⁰ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 786; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 99; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., 75; M. GUILBOT, S. ROJARE, *La participation du Ministère Public a la Médiation*, in *Arch. Pol. Cr.*, 1992, 39 ss.; F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, 6; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 131. J. PRADEL, *La victime et l'enquête: évolution de la prise en compte de la victime dès le début de la procédure*, in S. HUMBERT, F. LUDWICZAK (sous la direction de), *Just victime dans le procès pénal*, Paris, L'Harmattan, 2015, 53, parla di pratiche de-

procuratore o da terzi delegati, prima di giungere a non esercitare l'azione penale, di norma a seguito di prestazioni riparatorie concordate in quella sede¹³¹.

Soprattutto in forza di accordi stipulati con l'autorità giudiziaria, cominciavano a sorgere le prime strutture (associazioni) specializzate nella gestione dei conflitti attraverso programmi di mediazione, ma l'attivazione di tali progetti era lasciata agli attori locali¹³². In mancanza di testi normativi che disciplinassero il ricorso a tali procedure, si correva così il rischio di violare il principio di uguaglianza¹³³.

cennali di archiviazioni subordinate a qualche forma di indennizzazione, prima dell'introduzione di vere e proprie procedure mediative.

¹³¹ Cfr. M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 196; ID., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 102 s.; C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, 81; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 41; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1753; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe. Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe (Final Report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147)* (2008), in <http://www.euforumrj.org>, 79; R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, in Y. MORHAIN (sous la direction de), *Médiation et lien social*, Revigny-sur-Ornain, Hommes et Perspectives, 1998, 79 ss.; J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 950.

¹³² A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza*, cit., 21, colloca in questo periodo anche la nascita delle prime *Maisons de justice et du droit*, strutture giudiziarie dislocate sul territorio, in quartieri sensibili, che hanno come obiettivo quello di riportarvi il diritto, attraverso il ricorso a strumenti particolari, quali, tra gli altri, la mediazione. In alcune di queste strutture la mediazione viene delegata alle associazioni, mentre in altre è il procuratore a gestire la procedura. Grazie ad una legge del 18 dicembre 1998, esse saranno riconosciute ed istituzionalizzate come realtà, distinte dal palazzo di giustizia, che "assicurano una presenza giudiziaria "di prossimità" e contribuiscono alla prevenzione della delinquenza, all'aiuto alle vittime ed all'accesso al diritto. Le misure alternative di trattamento penale e le iniziative che promuovono una risoluzione conciliativa dei conflitti possono svolgersi in questi istituti". Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 548; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 585.

¹³³ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 103.

Nel 1992 la mediazione in materia penale veniva riconosciuta in un testo ufficiale: un documento di orientamento, che accompagnava una circolare ministeriale relativa alle *risposte alla delinquenza urbana*, con il quale di fatto si dava conto dell'esistenza di queste pratiche, raccomandando la partecipazione dell'autorità giudiziaria alle iniziative di mediazione, secondo modelli di convenzione definiti¹³⁴. Come campo di applicazione privilegiato per tale strumento venivano indicati i reati verificatisi nell'ambito di conflitti familiari, di vicinato o, più in generale, di conflitti relazionali¹³⁵.

La consacrazione legislativa (o definitiva "istituzionalizzazione")¹³⁶ della mediazione in materia penale interveniva con la legge n. 2 del 4 gennaio 1993, che tuttavia ne dava "una regolamentazione assai sintetica e scarna"¹³⁷, con la conseguenza che le modalità attuative continuavano ad essere affidate alla prassi.

L'art. 41 c.p.p. veniva infatti integrato con un ulteriore comma del seguente tenore letterale:

Il procuratore della Repubblica può, prima di decidere in merito all'azione penale e con l'accordo delle parti, scegliere di ricorrere ad una mediazione, se gli sembra che una tal misura possa assicurare la riparazione del danno causato alla vittima, mettere fine al turbamento (allar-

¹³⁴ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165. Come illustra F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 142, questo momento è stato tuttavia visto, dai critici dell'istituzionalizzazione, come la prima risposta ufficiale alla deformalizzazione, nel tentativo di elaborare una strategia progressiva di controllo della mediazione da parte delle istituzioni.

¹³⁵ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 17; T. LEBÉHOT, *La cadre juridique de la médiation pénale*, in *AJ Pénal*, 2011, 216 ss.

¹³⁶ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 37; A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza*, cit., 29; M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 197. Per una riflessione approfondita sul tema cfr. J. FAGET, *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, cit., 227 ss.

¹³⁷ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 104. Nello stesso senso cfr. J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 45.

me sociale) suscitato dal reato, e contribuire al reinserimento dell'autore del fatto¹³⁸.

Nonostante le perplessità di coloro che coglievano in tale processo il rischio di un ingiustificato ampliamento degli strumenti di controllo, una sorta di “penalizzazione del sociale”¹³⁹, l'evoluzione era stata significativa: il magistrato – al quale spettava l'iniziativa in materia, anche se nulla impediva che l'indagato potesse suggerirla¹⁴⁰ – aveva ora, anche in base ad un'espressa previsione normativa (seppure poco dettagliata), la possibilità di procedere all'archiviazione dopo aver attivato un percorso alternativo. Egli vedeva arricchirsi gli strumenti a propria disposizione, aprirsi una “terza via”: non era più chiamato solo a valutare l'alternativa secca tra rinviare a giudizio o meno, senza alcun intervento.

Attivando la procedura di mediazione, il pubblico ministero non esercita l'azione penale. Il rinvio a giudizio può essere disposto – ma non necessariamente¹⁴¹ – nel caso di fallimento della mediazione o se il magistrato ritiene che l'accordo non sia soddisfacente, poiché al procuratore non è imposto di procedere all'archiviazione sempre, in caso di esito positivo. L'archiviazione, poi, non è comunque definitiva (entro il

¹³⁸ Il testo originale dell'ultimo comma dell'art. 41 c.p.p., allora vigente, è il seguente: “Le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction”. Cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 638 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 98; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 225; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 53; A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza*, cit., 23; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2006, 133.

¹³⁹ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 103; F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, cit., 7. Cfr. sul punto le riflessioni di J. FAGET, *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, cit., 80 ss.

¹⁴⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 549.

¹⁴¹ M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 197.

limite temporale della prescrizione) e quindi non impedisce il successivo esercizio dell'azione penale¹⁴².

Tali profili giuridici sono indubbiamente delicati e si ritiene che debbano essere adeguatamente comunicati alle parti, prima di dar corso alla procedura, nel momento in cui viene raccolto il loro indispensabile consenso¹⁴³.

Alcune precisazioni appaiono, tuttavia, necessarie.

Quanto alle parti coinvolte nella mediazione, da un lato vi è l'indagato e, dall'altro, la "vittima" (*victime*).

Il termine "vittima" viene utilizzato in Francia con grandissima frequenza nei testi normativi, per indicare soprattutto la parte civile, anche se vi è una certa consapevolezza, nella dottrina più attenta, sulla natura non giuridica del termine¹⁴⁴. L'azione civile, in forza dell'art. 2 c.p.p., può essere esercitata nel processo penale da tutti coloro che abbiano "personalmente sofferto un danno cagionato direttamente dal reato"¹⁴⁵,

¹⁴² V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 166; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 23; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 796; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 77; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 77; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 104, evidenzia una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*. P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 152, ritiene che questa conclusione sia obbligata, in forza del disposto dell'art. 2046 c.c., il quale stabilisce che la transazione sugli interessi civili che derivano da un delitto non impedisce l'esercizio dell'azione penale. Così anche P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 51.

¹⁴³ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 639; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 166; R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, cit., 84; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1753; P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 20; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 79.

¹⁴⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 218, riconosce che una persona può essere una vittima, senza poter esercitare l'azione civile nel processo penale.

¹⁴⁵ Art. 2 c.p.p.: "L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction".

in via di intervento o in via di azione vera e propria¹⁴⁶. In quest'ultimo caso, essa è in grado di mettere in moto l'azione pubblica, se non è stata esercitata dal p.m., ma in generale ad essa viene riconosciuta una natura mista, sia penale che civile, essendo peculiarmente rivolta ad un duplice scopo: ottenere un giudizio sulla colpevolezza ed ottenere la riparazione del pregiudizio subito¹⁴⁷. Rispetto all'ordinamento italiano, ciò complica il quadro di riferimento, soprattutto se si considera che la figura della "persona offesa", in quanto tale, non è delineata dalla dottrina francese e viene fatta necessariamente confluire in quella della "vittima"¹⁴⁸.

¹⁴⁶ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 112; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 240 s.

¹⁴⁷ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 230 parla di "Giano Bifronte": l'azione ha due visi, due finalità, due nature. Come rileva V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 113, in caso di assoluzione dell'accusato in sede penale, è comunque possibile che la Corte si esprima favorevolmente sulla domanda di riparazione, quando risulta dagli atti che egli è civilmente responsabile. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 138.

¹⁴⁸ Si parla di vittima, ad esempio, nel codice penale (art. 113-7), in tema di diritto penale nello spazio, con riferimento all'applicabilità della legge francese nell'ipotesi in cui un reato sia commesso all'estero a danno di un francese. In dottrina, ci si riferisce alla vittima, trattando del consenso come di un'assai dubbia causa di giustificazione, non codificata o di un elemento negativo del fatto (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, V ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2015, 516; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, XVI ed., Paris, Ed. Economica, 2009, 88 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, XX ed., Paris, Édit. Cujas, 2014, 500 ss.) o dell'*aberratio ictus* (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 271). Con riferimento alla figura, sconosciuta, della persona offesa, il contributo di X. PIN, *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2003, 259 ss., può essere indirettamente d'aiuto alla comprensione della peculiarità francese. Egli si sofferma, infatti, sul diritto tedesco, che riconosce al consenso dell'avente diritto un'efficacia giustificante, anche se essa non è codificata per tutti i beni individuali. L'efficacia scriminante del consenso in questo ordinamento si spiegherebbe, secondo l'autore, in forza della teoria del bene giuridico, elaborata dai giuristi tedeschi, e della concezione per la quale i beni individuali sono disponibili. In Francia, al contrario, dove si giunge, secondo i più, ad una conclusione opposta in tema di consenso, mancando una base normativa, il diritto penale viene inteso come rivolto prioritariamente alla tutela dell'ordine pubblico. Ecco allora che, non essendosi imposta la nozione di bene giuridico, quella di persona offesa, come titolare dello stesso, non ha rilevanza. Sui profili terminologici cfr. altresì M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 189.

Secondo l'interpretazione più diffusa nella giurisprudenza francese, nell'attuale quadro normativo, si considera "ricevibile" la costituzione di parte civile solo a seguito di un'attenta valutazione dei suoi presupposti e comunque, almeno per le persone fisiche, solo quando il soggetto in questione abbia effettivamente subito un danno personale e diretto¹⁴⁹. Non c'è però alcun dubbio circa il fatto che con il termine "vittima" non ci si riferisce solo a soggetti che potrebbero qualificarsi, nel nostro ordinamento, come titolari del bene giuridico tutelato¹⁵⁰.

Quanto, poi, ai rapporti con la giustizia ufficiale, appare chiaro che la mediazione è nata come strumento rivolto ad offrire una qualche risposta istituzionale a conflitti penalmente rilevanti che altrimenti sarebbero stati in massima parte destinati all'oblio, attraverso l'archiviazione secca¹⁵¹.

Così, non stupisce che le riflessioni della dottrina si siano rivolte con grande sensibilità verso la valorizzazione di questi strumenti per favorire una concezione relazionale della giustizia, ma manchino studi orientati ad approfondire il rapporto tra la mediazione/riparazione ed i fini della pena o comunque a ricercare un fondamento di carattere sostanziale alla non punibilità in forza di condotte positive di natura riparatoria¹⁵².

¹⁴⁹ M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 190. Solo a seguito di una lunga evoluzione giurisprudenziale è stata riconosciuta, alle persone giuridiche, la titolarità dell'azione, in caso di interessi collettivi: V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 112.

¹⁵⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 237 ss. Come ha affermato la giurisprudenza (Crim., 23.05.1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, Somm., 95) i familiari (nella specie, la moglie), di chi ha subito un reato contro l'integrità fisica, che lamentino un danno morale a seguito dello "spettacolo" offerto loro dallo stato fisico o psichico del congiunto, derivante dalle gravi ferite infertegli, possono costituirsi parte civile. Come ben evidenzia C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 136 ss., però, a questa interpretazione, oggi pacifica, la Cassazione è giunta con molta fatica, dopo aver a lungo escluso la costituzione di parte civile dei familiari e, comunque, essa richiede che l'azione penale sia già stata esercitata.

¹⁵¹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 786 s.

¹⁵² In un breve passaggio, comunque, J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 522, indica la riparazione del danno tra le funzioni della pena, come risposta ad esigenze pratiche di tutela della vittima, nonostante ciò possa "urtare" i teorici. Nello stesso senso, criticamente per quanto riguarda la sempre più difficile distinzione tra diritto civile e

A tale riguardo, del resto, il sistema penale francese aveva già, in qualche modo, espresso un proprio orientamento, che il legislatore del 1993 ha mostrato di considerare. Infatti, anche se tale connessione non è sempre rimarcata in dottrina¹⁵³, almeno in questa prima fase, i presupposti (visti come fini da perseguire) del ricorso alla mediazione (riparazione del danno, eliminazione del turbamento sociale provocato dal reato e rieducazione del reo) corrispondono integralmente a quelli che, una volta conseguiti, già giustificano, nel diritto sostanziale francese, dal 1975, la “dispensa da pena”, disciplinata dall’art. 132-59 c.p.¹⁵⁴. È questo un istituto che consente al giudice di non applicare la pena – o di rinviare prima di non applicarla, in attesa dell’integrazione dei presupposti (artt. 132-60 ss. c.p.) – in presenza di un delitto o di una contravvenzione (mai di un crimine), pur a seguito di una pronuncia di colpevolezza¹⁵⁵. La dottrina francese si è espressa favorevolmente in merito a questa facoltà riconosciuta al giudice in quanto, nei casi di specie, nonostante la condanna, la sanzione non apporterebbe alcun contributo, né sul piano individuale, né su quello sociale. Come è stato precisato, la pena, liberata da una cornice strettamente retributiva, è uno strumento positivo rivolto al presente o al futuro, non al passato¹⁵⁶.

Comunque, anche a prescindere da tale profilo, se si può riconoscere che in Francia, nel diritto penale degli adulti, si sono in qualche modo sviluppate forme di archiviazione “condizionata”, volte a conseguire vantaggi processuali¹⁵⁷, non si deve dimenticare che, almeno agli inizi,

diritto penale: E. DREYER, *Droit pénal général*, III ed., Paris, LexisNexis, 2014, 93. P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 24, valorizza, invece, la mediazione in una prospettiva di prevenzione speciale.

¹⁵³ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 110 inserisce, però, la dispensa da pena tra le sanzioni riparative.

¹⁵⁴ Art. 132-59 c.p.: “La dispense de peine peut être accordée lorsqu’il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l’infraction a cessé”.

¹⁵⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 596 s.; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 956 s.

¹⁵⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 622.

¹⁵⁷ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”*. *Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 82.

la grande libertà riconosciuta al pubblico ministero già consentiva un'agile deflazione processuale e proprio la volontà di riscoprire, nonostante questi strumenti, una dimensione conciliativa, una giustizia più dolce e più umana¹⁵⁸, dando voce alla vittima¹⁵⁹, ha stimolato la sperimentazione, poi istituzionalizzata, di nuove pratiche.

2.1.2. *L'attuale disciplina normativa della mediazione penale*

La disciplina attuale della mediazione penale è principalmente frutto della legge 99-515 del 23 giugno 1999, con la quale è stata offerta una costruzione normativa molto articolata delle soluzioni alternative al *classement sans suite*, prevedendone in dettaglio le modalità di applicazione. In forza del dato normativo previgente, infatti, si era venuta a creare una certa confusione tra il concetto di mediazione e quello, generico, di “terza via”, rispetto all'esercizio dell'azione penale ed all'archiviazione¹⁶⁰. Ogni prestazione richiesta all'indagato per evitare il rinvio a giudizio veniva erroneamente denominata “mediazione”¹⁶¹.

Con la legge del 1999 il riferimento alla mediazione già contenuto nell'art. 41 viene soppresso ed inserito nell'art. 41-1 c.p.p., come una delle diverse soluzioni alternative a disposizione della procura prima di esercitare l'azione penale (*préalablement à sa décision sur l'action publique*)¹⁶²: una delle tante ipotesi riconducibili alla “terza via”¹⁶³.

¹⁵⁸ F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, cit., 5; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 102.

¹⁵⁹ R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, cit., 83.

¹⁶⁰ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 28; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 77.

¹⁶¹ J. FAGET, *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, cit., 159; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 33.

¹⁶² P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 18. R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 105 si chiede se questa tempestività di intervento non sia eccessiva rispetto ai tempi naturali di cui la vittima ha bisogno per accettare consapevolmente la procedura.

¹⁶³ Nella versione successiva alla riforma del 1999, l'art. 41-1 c.p.p. era così formulato: “S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de

L'esercizio dell'azione penale può essere "sospeso" – così come la prescrizione dell'azione penale – se il pubblico ministero ritiene che la misura proposta sia in grado di assicurare la riparazione del danno, la cessazione del turbamento sociale provocato dal reato o di contribuire alla risocializzazione del suo autore. Vengono riproposti i parametri già presenti nella precedente versione dell'art. 41 c.p.p.; a differenza del testo abrogato, però, le finalità da considerare – non si sa se in conseguenza di una scelta consapevole del legislatore della riforma¹⁶⁴ – sono poste in alternativa tra loro, rendendo di fatto molto più agevole, per il pubblico ministero, ricorrere ad una delle misure previste. Secondo la dottrina francese, il parametro della riparazione del danno avrebbe peraltro un ruolo assolutamente predominante¹⁶⁵.

Non vi è una previsione tassativa dei reati per i quali tale disposizione può essere applicata, ma alla mediazione vengono affiancate altre misure: l'indagato può essere invitato formalmente al rispetto della legge, può essere indirizzato ad una struttura sanitaria, sociale o professionale (con l'obbligo di frequenza di corsi formativi e di responsabilizzazione, come ad esempio, in caso di reato commesso alla guida di un veicolo, la partecipazione ad uno *stage* di sensibilizzazione sulla sicurezza stradale), gli può essere richiesto di regolarizzare la propria posizione o di riparare il danno od infine di partecipare ad una procedura di

contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par délégation: 1° Procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi; 2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle; 3° Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements; 4° Demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci; 5° Faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique".

¹⁶⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 550, nt. 2.

¹⁶⁵ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 788; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 109. Con l'alternatività tra i parametri è stata introdotta una differenza importante rispetto alla disciplina della dispensa da pena.

mediazione autore-vittima del reato, naturalmente con il consenso delle parti¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Il catalogo delle “misure” è rimasto fino ad oggi sostanzialmente invariato, salvo che per l’aggiunta, nel 2005, della prescrizione di non risiedere nella casa familiare e/o di non avvicinarsi in ipotesi di reati commessi ai danni dei familiari e per alcune integrazioni, in tempi diversi, della misura relativa all’orientamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale. Nel 2014, poi, come vedremo, sono stati introdotti alcuni speciali accorgimenti a tutela delle vittime. Il testo attuale dell’art. 41-1 è il seguente: “S’il lui apparaît qu’une telle mesure est susceptible d’assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l’infraction ou de contribuer au reclassement de l’auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l’action publique, directement ou par l’intermédiaire d’un officier de police judiciaire, d’un délégué ou d’un médiateur du procureur de la République: 1° Procéder au rappel auprès de l’auteur des faits des obligations résultant de la loi; 2° Orienter l’auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle; cette mesure peut consister dans l’accomplissement par l’auteur des faits, à ses frais, d’un stage ou d’une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d’un stage de citoyenneté, d’un stage de responsabilité parentale, d’un stage de sensibilisation à la lutte contre l’achat d’actes sexuels, d’un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ou d’un stage de sensibilisation aux dangers de l’usage de produits stupéfiants; en cas d’infraction commise à l’occasion de la conduite d’un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l’accomplissement, par l’auteur des faits, à ses frais, d’un stage de sensibilisation à la sécurité routière; 3° Demander à l’auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements; 4° Demander à l’auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci; 5° Faire procéder, à la demande ou avec l’accord de la victime, à une mission de médiation entre l’auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise; si l’auteur des faits s’est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d’injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile. Lorsque des violences ont été commises par le conjoint ou l’ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il n’est procédé à la mission de médiation que si la victime en a fait expressément la demande. Dans cette hypothèse, l’auteur des violences fait également l’objet d’un rappel à la loi en application du 1° du présent article. Lorsque, après le déroulement d’une mission de médiation entre l’auteur des faits et la victime, de nouvelles violences sont commises par le conjoint ou l’ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou

La “mediazione penale” deve essere distinta dalla “composizione penale”, disciplinata dagli artt. 41-2 e 41-3 c.p.p. ed introdotta sempre con la legge del 1999, anche se successivamente emendata¹⁶⁷. Tale istituto – che è stato definito come l’espressione più forte della “terza via”, prossima all’esercizio dell’azione penale¹⁶⁸ – consiste in una forma di estinzione dell’azione penale¹⁶⁹, per le ipotesi in cui l’indagato abbia riconosciuto la propria responsabilità, che deve essere ratificata giudi-

son ancien concubin, il ne peut être procédé à une nouvelle mission de médiation. Dans ce cas, sauf circonstances particulières, le procureur de la République met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites; 6° En cas d’infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, demander à l’auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s’abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l’objet d’une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique; les dispositions du présent 6° sont également applicables lorsque l’infraction est commise par l’ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime. Pour l’application du présent 6°, le procureur de la République recueille ou fait recueillir, dans les meilleurs délais et par tous moyens l’avis de la victime sur l’opportunité de demander à l’auteur des faits de résider hors du logement du couple. Sauf circonstances particulières, cette mesure est prise lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d’être renouvelés et que la victime la sollicite. Le procureur de la République peut préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement pendant une durée qu’il fixe et qui ne peut excéder six mois.

La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l’action publique.

En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l’auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en oeuvre une composition pénale ou engage des poursuites”. Cfr. B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 594; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 227; M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese*, cit., 108; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 788 ss.; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 133; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 21 s.

¹⁶⁷ C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84.

¹⁶⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 552; ID., *Il ruolo della volontà dell’autore di reato nella decisione sull’esercizio dell’azione penale*, cit., 952.

¹⁶⁹ Altre cause di estinzione dell’azione penale sono la morte del reo, la prescrizione, il ritiro della querela: V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 168.

zialmente¹⁷⁰ ed è subordinata a rigide prescrizioni (tra le altre: versare una somma allo Stato, non uscire dal territorio nazionale, svolgere un lavoro di pubblica utilità non retribuito, seguire uno stage formativo). Al ricco elenco di queste ultime prescrizioni, nell'ambito del quale il pubblico ministero può scegliere una o più misure, si aggiunge obbligatoriamente – qualora la vittima sia identificata – anche la riparazione (ma non la mediazione)¹⁷¹.

La “composizione penale” può essere collocata nell'ambito delle modalità alternative di definizione del procedimento penale, ma poco rileva per lo studio che stiamo conducendo, in quanto è del tutto assente la dimensione relazionale almeno nella forma di una spontanea responsabilizzazione del reo nei confronti della vittima, mediante una condotta positiva: l'indagato – che è altrimenti certo di andare incontro non solo ad un procedimento penale, ma, normalmente, ad una vera e propria condanna, essendosi riconosciuto colpevole – si vede “prescrivere” delle condotte, alle quali si aggiunge la riparazione, come sanzioni anticipate¹⁷², in termini ancora più rigidi di quanto avviene, come vedremo, nell'ordinamento tedesco, con l'archiviazione condizionata o provvisoria¹⁷³. Se tra forme di giustizia “negoziata” e forme di giustizia “impo-

¹⁷⁰ Si tratta di un profilo fondamentale, in quanto la Corte costituzionale francese si era già espressa nel 1995, dichiarando (in via preliminare) l'incostituzionalità della disciplina dell'*injonction pénale*, che estingueva l'azione penale, a seguito di prestazioni che incidavano sulla libertà personale, senza un avvallo giudiziale. Cfr. J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale*, cit., 955.

¹⁷¹ Il campo di applicazione è molto ampio: salve limitate esclusioni, le contravvenzioni ed i delitti puniti con una pena pecuniaria o con una pena detentiva di durata inferiore o uguale a cinque anni. Sono esclusi i crimini. Cfr. B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 596.

¹⁷² In questi termini, C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 85. Non molto distanti: F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 798, che parlano di pene complementari. Per una riflessione critica, proprio sul punto, legata al rischio di un'incontrollata privatizzazione del processo penale, in conseguenza della possibilità di infliggere una pena senza dar corso ad un giudizio cfr. E. MATHIAS, *Alternatives punitives consensuelles: leurres et travers de la répression volontaire*, in *Gaz. Pal. Rec.*, 2006, doct., 2831 ss.

¹⁷³ Come rileva J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 556, si discute molto sulla reale natura di questa misura, che per certi profili si avvicina ad una condanna, tanto da esse-

sta” si scorgono parecchie interazioni¹⁷⁴, nell’istituto in esame il profilo dell’imposizione prevale nettamente.

In caso di composizione penale, a differenza di quanto avviene con la mediazione (o comunque nelle altre ipotesi contemplate dall’art. 41-1 c.p.p.), se le prescrizioni sono adempiute, l’“archiviazione” è per il pubblico ministero obbligatoria e definitiva, perché l’azione pubblica si è estinta. Su tale aspetto si è soffermata molto di recente la giurisprudenza francese, confermando la differente disciplina delle due ipotesi¹⁷⁵.

Considerazioni non troppo diverse – per quanto riguarda il rapporto con la mediazione penale ed altre forme di spontanea responsabilizzazione del reo – devono essere svolte con riferimento alla “transazione penale” (art. 41-1-1 c.p.p.), quale ulteriore ipotesi di estinzione dell’azione penale, che, ancorché già nota in alcuni settori specifici, è stata recentemente introdotta in via generale per un’ampia gamma di reati “minori”, ma frequenti¹⁷⁶, dalla legge n. 2014-896 del 15 agosto 2014. Essa consiste nella proposta di una sorta di sanzione pecuniaria anticipata, accompagnata da condotte riparatorie ove ne sussistano i presupposti, rivolta direttamente dalle autorità di polizia giudiziaria (previa autorizzazione del procuratore della Repubblica) al responsabile del reato, persona fisica o persona giuridica. L’accordo, una volta raggiunto, deve essere omologato giudizialmente, anche se non è necessariamente richiesta in questa sede l’audizione dell’autore dell’illecito pena-

re iscritta nel casellario giudiziario. S. GRUNVALD, J. DANET, *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, L’Harmattan, 2004, 156, precisano che sebbene l’annotazione sia conoscibile solo dall’autorità giudiziaria, il carattere repressivo della misura ne risulta accentuato.

¹⁷⁴ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 623.

¹⁷⁵ Crim., 21.06.2011, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2379. Per un’interessante analisi critica della sentenza cfr. J.B. PERNIER, *Alternative aux poursuites: l’orthodoxie juridique face à l’opportunité pratique*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2349 ss.

¹⁷⁶ Salve alcune esclusioni, si tratta delle contravvenzioni e dei delitti puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore ad un anno, oltre ad alcuni specifici reati, come il furto semplice (art. 331-3 c.p.) di beni entro un determinato valore ed il delitto di uso illecito di sostanze stupefacenti (art. L. 3421-1 del codice di salute pubblica). Cfr. J.B. PERRIER, *La transaction pénale de l’article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ?*, in *Rec. Dalloz*, 2014, 2182 ss.

le con l'assistenza, peraltro eventuale, del suo avvocato. In caso di inadempiamento o di mancata omologazione, il pubblico ministero avrà sempre a propria disposizione le opzioni alternative già considerate (artt. 41-1 e 41-2 c.p.p.), oltre all'esercizio dell'azione penale¹⁷⁷.

Pare utile ricordare invece come, da qualche anno, il ricorso alle diverse ipotesi, riconducibili alla "terza via", sia stato sollecitato, in via indiretta, da una modifica legislativa che ha interessato due ulteriori articoli del codice di procedura penale.

A partire dal 2004, infatti, l'art. 40 c.p.p. è stato modificato attraverso un richiamo all'art. 40-1 c.p.p., che in qualche misura limita la possibilità di ricorrere liberamente all'archiviazione "secca", verso la quale si era manifestata già da tempo una certa diffidenza, sollecitando i pubblici ministeri a dare una risposta alla richiesta di giustizia¹⁷⁸.

Oggi, così, pur vigendo ancora come regola generale il descritto principio di opportunità dell'azione penale, è previsto espressamente che il pubblico ministero debba, nei casi di reati commessi da una persona identificata e con domicilio noto, decidere se è "opportuno": 1) esercitare l'azione penale; 2) promuovere una procedura alternativa in forza degli artt. 41-1 e 41-2 c.p.p.; 3) archiviare direttamente, quando lo giustificano circostanze particolari, legate al fatto¹⁷⁹.

¹⁷⁷ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, X ed., Paris, LexisNexis, 2014, 876 s.

¹⁷⁸ Come rileva J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 546 s., si discute molto, in Francia, in merito ai dati che concernono l'archiviazione secca. Nella maggior parte dei casi, infatti, ad essa si ricorre solo nelle ipotesi in cui manchino concretamente i presupposti per procedere (es. autore non identificato, mancanza di prove). Nel 2007, le archiviazioni "necessitate" hanno rappresentato circa il 70% delle definizioni dei procedimenti attivati. Per i casi rimanenti (30%), si è esercitata l'azione penale in circa la metà dei casi; si è dato corso ad un'alternativa ("terza via") nel 35% dei casi e si è proceduto ad un'archiviazione secca solo nel 15%. Come ricordato, oggi il primo comma dell'art. 40 è formulato nei termini seguenti: "Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1".

¹⁷⁹ Art. 40-1 c.p.p.: "Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun: 1° Soit

In questo modo, al *classement sans suite* è stato riservato un ruolo più marginale anche perché, in forza della medesima legge, il pubblico ministero, se intende archiviare direttamente, è tenuto non solo ad avvertire il querelante e, se identificata, la vittima (ciò è comunque richiesto anche in relazione alle altre opzioni scelte) ma anche a motivare il provvedimento “indicando le ragioni giuridiche o d’opportunità che lo giustificano” (art. 40-2 c.p.p.)¹⁸⁰.

Per quanto riguarda i partecipanti alla vera e propria mediazione, invece, uno stimolo importante all’accettazione della procedura mediativa proposta è derivato dalle norme (legge del 18 dicembre 1998) stabilite, anche in materia, a tutela dell’assistenza legale, che viene considerata fondamentale nella fase introduttiva e di redazione dell’eventuale ac-

d’engager des poursuites; 2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient”. Come evidenzia J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 545, il termine “opportuno” esprime ancora la fedeltà del legislatore nel principio di opportunità. Cfr. altresì ID., *Vers un “aggiornamento” des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, in *JCP-La Semaine Juridique EG*, 2004, 823 e ID., *Il ruolo della volontà dell’autore di reato nella decisione sull’esercizio dell’azione penale. Un’analisi di diritto francese*, cit., 951; I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1986. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 775, invece, ritengono che con questa norma il principio di opportunità sia stato riconosciuto.

¹⁸⁰ Al secondo comma dell’art. 40-2 c.p.p. si legge: “Lorsqu’il décide de classer sans suite la procédure, il les avise également de sa décision en indiquant les raisons juridiques ou d’opportunité qui la justifient”. Contro l’archiviazione (che comunque è sempre provvisoria) è possibile solo un ricorso gerarchico al procuratore generale, che potrà ordinare al procuratore della Repubblica di esercitare l’azione penale. Altrimenti, la vittima potrà esercitare l’azione civile, che, come anticipato, “mette in moto” anche quella penale: F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 785; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 546; J. PRADEL, *La victime et l’enquête*, cit., 46; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165. Come illustra M. TOULLIER, *La giustizia riparativa in Francia*, cit., 149, si deve ritenere che oggi il principio di discrezionalità dell’azione penale sia limitato profondamente, con tassi di risposta penale che superano il 90%.

cordo¹⁸¹. Esistono così, per i non abbienti, forme di sostegno pubblico, capaci di coprire i costi relativi¹⁸².

Alcuni interventi ulteriori, specificamente in tema di mediazione penale o, più in generale, di giustizia riparativa, si spiegano, infine, soprattutto nella prospettiva di una maggior tutela della vittima, che rappresenta, come visto, un tema sentito fortemente anche a livello di Unione europea.

Nel 2004 la disciplina della mediazione è stata infatti integrata, con l'inserimento nell'art. 41-1 c. 1 n. 5 della previsione per la quale, in ipotesi di esito positivo della mediazione, il pubblico ministero o il mediatore redigono un processo verbale firmato anche dalle parti, che ne ricevono una copia. Qualora l'accordo (un vero e proprio contratto)¹⁸³ contenga l'impegno ad adempiere a delle prestazioni risarcitorie e l'indagato si rifiuti di ottemperarlo, la vittima potrà attivare in sede civile un procedimento ingiuntivo¹⁸⁴. Come è stato ben rilevato, però, l'insistenza sulla dimensione risarcitoria, che queste norme tradiscono, sembrerebbe suggerire l'importanza, nelle pratiche francesi, del risarcimento del danno, più che della riparazione intesa in senso più ampio¹⁸⁵.

Nel 2010 si è, criticabilmente, modificato l'inciso iniziale della misura che riguarda la mediazione, sostituendo il presupposto dell'accordo delle parti con la richiesta o il consenso della sola vittima, per poter attivare il percorso mediativo. La convinzione della dottrina più sensibile è che il presupposto del consenso dell'indagato, anche se nella pratica può apparire scontato, possa essere considerato come un requisito

¹⁸¹ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 47.

¹⁸² M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 110; R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 37; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 231.

¹⁸³ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 792.

¹⁸⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84. In forza dell'ultimo comma dell'art. 41-1, inserito sempre nel 2004, poi, il procuratore della Repubblica, vista la mancata esecuzione della misura e salvi elementi di novità, promuoverà una composizione penale o rinverrà a giudizio.

¹⁸⁵ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1990.

implicito¹⁸⁶ e, se non il pubblico ministero, quanto meno i mediatori, si debbano preoccupare di raccogliarlo; in difetto, infatti, non si potrebbe certo parlare di una libera e spontanea adesione ai programmi di riparazione-mediazione, richiesta a livello sovranazionale, e la procedura attivata potrebbe essere compromessa nei risultati *ab origine*. Si assisterebbe ad un'ingiustificata "polarizzazione dell'istituto della mediazione in favore della vittima"¹⁸⁷.

Si può invece condividere la necessità di prestare una speciale attenzione nel ricorrere all'istituto in ipotesi di reati violenti. A partire dal 2010 ci si limitava a presumere, sempre nell'ambito applicativo dell'art. 41-1 c. 1 c.p.p., un dissenso della vittima alla procedura riparativa, in ipotesi di violenze familiari che avessero indotto la stessa ad adire l'autorità competente in materia di famiglia per ottenere una misura di protezione contro il coniuge, il convivente o il partner di un PACS. La legge n. 2014-873 del 4 agosto 2014 ha previsto una disciplina più complessa. In ipotesi di violenza in famiglia non si procede alla mediazione se non quando vi sia una richiesta espressa della vittima e comunque l'autore del reato deve essere destinatario di un richiamo formale. Se le violenze si ripetono, a seguito dello svolgimento della procedura riparativa, la mediazione non potrà più essere attivata e il pubblico ministero, salvi casi particolari, potrà solo esercitare l'azione penale o proporre una composizione penale.

Con la legge n. 2014-896 del 15 agosto 2014 (entrata in vigore il 1° ottobre 2014), relativa all'individualizzazione della pena ed al rafforzamento dell'efficacia delle sanzioni penali, infine, la riparazione del pregiudizio cagionato dal reato è stata inserita tra i diritti riconosciuti alla vittima nel corso dell'esecuzione della pena, sotto forma di risarcimento del danno o di una misura di giustizia riparativa (art. 707 c. 4 c.p.p.)¹⁸⁸. Con una norma della medesima legge, introdotta in attuazione della Direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime, nel codice di proce-

¹⁸⁶ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Paris, Ed. Dalloz, 2012, 301.

¹⁸⁷ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1988.

¹⁸⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, cit., 95; I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1992.

dura penale è stato inserito un nuovo art. 10-1¹⁸⁹, secondo cui in tutte le fasi procedurali di tutti i procedimenti penali, ivi compresa quella di esecuzione delle pene, la vittima e l'autore del reato possono essere invitati ad una misura riparativa, da intendersi come una misura che permette alle parti di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato ed alla riparazione dei pregiudizi che ne sono scaturiti¹⁹⁰.

Il consenso informato di vittima ed autore del reato costituisce una condizione imprescindibile per l'attivazione della misura, gestita da un terzo imparziale, formato allo scopo, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o dell'amministrazione penitenziaria¹⁹¹.

Una circolare del Ministero della Giustizia del 15 marzo 2017 sulla giustizia riparativa ha sottolineato l'ampiezza delle possibilità di accesso alle misure e disciplinato nel dettaglio i presupposti ed i limiti di attivazione delle procedure, tra le quali sono incluse forme di mediazione

¹⁸⁹ L'articolo 10-1 forma il secondo sottotitolo del titolo preliminare al libro primo del codice di procedura penale: "A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République".

¹⁹⁰ Come afferma Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 687, tale misura è complementare all'azione civile ed a quella penale e non le sostituisce.

¹⁹¹ Il principio di confidenzialità e riservatezza può essere violato solo in presenza di un diverso accordo delle parti o, a favore del Procuratore della Repubblica, in forza di un interesse superiore legato alla necessità di prevenire o reprimere dei reati. Tale precisazione, contenuta nell'art. 10-1 c.p.p., pur consentita dall'art. 12 della Direttiva, appare estremamente generica e poco rispettosa dei principi che dovrebbero informare le procedure riparative.

allargata, di *conferencing* e di *circle*¹⁹². Il dato più importante da evidenziare è la scelta netta che è stata operata nel senso di considerare la misura riparativa come del tutto autonoma rispetto al procedimento penale ed inidonea ad incidere sul suo esito¹⁹³. Tra procedimento penale e processo riparativo non vi sono scambi di informazioni: nel fascicolo penale non possono confluire documenti relativi alla misura di giustizia riparativa e si farà solo menzione del fatto che la misura è stata proposta alle parti.

L'autorità giudiziaria è chiamata ad un rigoroso controllo preliminare sull'opportunità dell'attivazione di una procedura che venga richiesta direttamente dalle parti o proposta dalle associazioni di aiuto alle vittime o dal servizio sociale, per evitare che l'incontro possa compromettere lo svolgimento delle indagini o del dibattimento.

L'attivazione delle procedure presuppone la stipula di convenzioni tra i diversi attori, anche giudiziari, coinvolti e le associazioni per la tutela delle vittime o dei minori già attive sul territorio, che sono chiamate a gestire le misure mettendo a disposizione degli operatori terzi ed imparziali, dotati di specifiche qualità relazionali nonché adeguatamente formati, anche se, purtroppo, non ancora selezionati mediante una procedura di abilitazione disciplinata dalla legge.

La dottrina si auspica che questa riforma possa contribuire ad aprire la strada a nuove prospettive per la giustizia riparativa¹⁹⁴. Infatti in Francia, fino ad oggi, il ricorso alla *restorative justice* può definirsi ancora ridotto e comunque limitato esclusivamente alla mediazione penale in senso stretto, attivata dal pubblico ministero¹⁹⁵.

¹⁹² Cfr. il testo della *Circulaire relative à la mise en œuvre de la justice restaurative*, in http://www.justice.gouv.fr/_telechargement/Circulaire_justice_restaurative_sig_nee_JJU_15.03.2017.pdf.

¹⁹³ Nella circolare si sottolinea comunque come, nella pratica, la misura possa indirettamente favorire la riparazione o influire positivamente sull'esecuzione della pena.

¹⁹⁴ M. TOULLIER, *La giustizia riparativa in Francia*, cit., 152.

¹⁹⁵ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1984.

2.1.3. I programmi attivati in Francia: la figura del mediatore e le prassi applicative

Nell'intento di esaminare le principali caratteristiche dei programmi mediativi francesi già attivi da molti anni, antecedentemente alle misure di giustizia riparativa introdotte nel 2014, una specifica riflessione va dedicata al soggetto chiamato a gestire la procedura di mediazione. Nelle prime sperimentazioni mediative, e anche a seguito della legge del 1993, nonostante un ricorso frequente a forme di mediazione delegata¹⁹⁶, non si escludeva che il medesimo *parquet* [pubblico ministero] potesse assumere la veste di mediatore, benché la dottrina sottolineasse come la *médiation retenue* integrasse una forma anomala e sostanzialmente spuria di *médiation*. L'attuale disciplina dell'istituto prevede che il pubblico ministero, sussistendone i presupposti, possa solo dare impulso "ad una missione di mediazione", ma non possa gestire un'attività di mediazione che deve necessariamente essere affidata ad un terzo¹⁹⁷.

Come i più hanno riconosciuto, è proprio il rispetto rigoroso del principio di imparzialità ad aver portato ad escludere il pubblico ministero dall'attività di mediazione¹⁹⁸.

D'altra parte, su questa linea ci si era già mossi con il decreto 10 aprile 1996, n. 96-305, che aveva modificato il codice di procedura penale con l'introduzione degli articoli da D15-1 a D15-8. Il decreto aveva infatti previsto una specifica procedura di abilitazione all'esercizio della mediazione in materia penale da parte di persone fisiche o di associazioni¹⁹⁹, da attivarsi con una domanda presentata negli uffici del

¹⁹⁶ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 49.

¹⁹⁷ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 111.

¹⁹⁸ B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 595; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 30, oltre all'autrice già citata. *Contra*, però, anche se d'accordo nella sostanza, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 549 e C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84, che ritengono ancora, almeno teoricamente, possibili mediazioni gestite direttamente dal procuratore.

¹⁹⁹ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 37, afferma che sono soprattutto le associazioni di aiuto alle vittime e di controllo giudiziario e le loro organizzazioni – l'INAVEM (*Institut National d'Aide aux Victimes et de la Médiation*)

pubblico ministero²⁰⁰. Tra i presupposti necessari per poter ricoprire il ruolo di mediatore, quali il non avere precedenti penali e garantire competenza, indipendenza ed imparzialità, vi era quello di non esercitare alcuna attività giudiziaria a titolo professionale, “il che denota la preoccupazione di far uscire da una logica giudiziaria la composizione di certi conflitti”²⁰¹ (art. D 15-4 c.p.p., oggi art. R 15-33-33)²⁰².

Con il decreto del 29 gennaio 2001, n. 2001-71 (che ha abrogato gli artt. D 15-1/D 15-7 riproponendone quasi testualmente il contenuto negli artt. R 15-33-30/R 15-33-37) l’ammissione all’abilitazione è stata quindi estesa anche ai delegati del procuratore – che possono essere incaricati di una missione prevista dall’art. 41-1 nelle prime quattro ipotesi ivi disciplinate – figure che fino a quel momento erano state contemplate solo indirettamente dal legislatore.

La procedura è gestita, dal 2004, esclusivamente dal procuratore della Repubblica o dal procuratore generale, se l’interessato intende esercitare le sue funzioni nell’ambito territoriale di competenza della corte d’appello²⁰³. L’abilitazione è valida provvisoriamente per un anno, ma poi è confermabile per altri cinque anni (rinnovabili)²⁰⁴. Il mediatore o il delegato sono chiamati ad assumere formalmente le loro funzioni, prestando solenne giuramento di esercitarle con rigore, lealtà,

ed il CLCJ (*Comité de Liason des Associations de Contrôle Judiciaire*) – ad occuparsi di mediazione.

²⁰⁰ C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 78; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 145.

²⁰¹ J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., 78.

²⁰² P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 25 ss.; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 54; M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese*, cit., 111.

²⁰³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, cit., 183, evidenzia proprio l’accentramento del potere di gestione della procedura di abilitazione nelle mani del pubblico ministero, realizzato con il decreto n. 2004-1021 del 27 settembre 2004, che ha modificato gli artt. R. 15-33-35 e R. 15-33-37 c.p.p., attribuendo un valore meramente consultivo al parere dell’Assemblea generale dei magistrati del tribunale o della corte d’appello, competente invece fino al 2004 nel concedere e nel ritirare l’abilitazione.

²⁰⁴ L’abilitazione è infatti rinnovabile per la medesima durata, a seguito della stessa procedura.

imparzialità e dignità e di rispettare il segreto professionale (art. R. 15-33-36 c.p.p.).

In forza del disposto dell'art. R. 15-33-34 c.p.p., infatti, mediatori e delegati del procuratore della Repubblica sono tenuti al segreto professionale, la cui rivelazione è punita dall'art. 226-13 c.p. fino ad un anno di detenzione e 15.000 Euro d'ammenda²⁰⁵. Tale obbligo, secondo la dottrina, è particolarmente importante per la buona riuscita della mediazione ed il suo riconoscimento ha rafforzato il ruolo del mediatore, sebbene non sia chiaro se il segreto possa essere opposto al pubblico ministero delegante: una circolare, di dubbia vigenza, risalente al 1996, avrebbe introdotto una esplicita deroga sul punto²⁰⁶.

Se il problema pare risolto in ipotesi di mediazione attivata in forza dell'art. 10-1 c.p.p., vista la rigida separazione tra procedimento penale e procedimento riparativo che la circolare del 2017 ha tracciato, la questione che appare ancora preoccupantemente aperta per le mediazioni attivate in forza dell'art. 41-1 c.p.p. riguarda la possibilità, non esplicitamente esclusa in materia penale, che il giudice tenga conto nel processo delle dichiarazioni rese dalle parti e verbalizzate in seno alla procedura mediativa. Come è stato rilevato in dottrina, la tendenza dei mediatori, che appartengono ad un'associazione, è correttamente quella di ridurre al minimo il contenuto del verbale redatto, per evitare riflessi negativi²⁰⁷.

²⁰⁵ Sul tema dell'individualizzazione della pena in Francia, che offre una spiegazione al superamento, nei fatti, di quella che – leggendo l'articolo che descrive la fattispecie di “rivelazione del segreto professionale” – parrebbe una pena fissa cfr. M. VENTUROLI, *Le sorti alterne del principio di individualizzazione della pena nell'attuale sistema sanzionatorio francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1550 ss.

²⁰⁶ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 58 s.; ID., *La médiation sociale et pénale*, cit., 47; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 150.

²⁰⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 793, che si sofferma sui contrasti insorti, sul punto, nella giurisprudenza francese. In ambito civile, al contrario, l'art. 131-14 c.p.c. esclude espressamente la produzione e l'utilizzabilità in giudizio delle affermazioni del mediatore e delle dichiarazioni delle parti, senza il loro accordo.

I passi fatti in Francia per rafforzare la professionalità della figura del mediatore sono ammirevoli ed è estremamente interessante notare come questa attività sia presa seriamente.

Non vi sono però, solo aspetti positivi. Ben si comprendono, infatti, le legittime preoccupazioni di chi lamenta un'eccessiva dipendenza dal pubblico ministero dei soggetti chiamati a gestire le pratiche riparative in forza dell'art. 41-1 c.p.p.²⁰⁸. Essi vengono, di fatto, scelti da quest'ultimo, che è libero di valutarne, secondo i propri criteri, la competenza²⁰⁹. In un numero importante di casi (almeno 1/3)²¹⁰ i procuratori della Repubblica si rivolgono ancora a singoli professionisti per ragioni di ordine economico²¹¹, nonostante le associazioni siano in grado di garantire ai mediatori una formazione più mirata anche sul piano deontologico²¹² e una maggiore autonomia, e nonostante una circolare ministeriale del 2004 abbia tra l'altro precisato che il ricorso a mediatori-persone fisiche dovrebbe essere limitato ai casi più semplici, dovendosi altrimenti preferire le associazioni²¹³.

Uno sguardo alla prassi, infine, appare importante, perché è possibile accedere, in Francia, a statistiche abbastanza aggiornate sul punto, anche se riferite, nel dettaglio, unicamente alle mediazioni delegate alle

²⁰⁸ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1988.

²⁰⁹ J. FAGET, *Les "accommodements raisonnables" de la médiation pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2009, 981 ss.

²¹⁰ Questo numero è indicato, in modo approssimativo, in modo costante nell'Annuario Statistico della Giustizia, che viene pubblicato dal Ministero della Giustizia francese ed è reperibile on-line, all'indirizzo www.justice.gouv.fr. I dati (relativi agli anni dal 2000 al 2009), su cui ci soffermeremo nei prossimi paragrafi, sono consultabili nell'edizione 2011-2012 ed in quella 2007. In entrambe è riportata la percentuale di 1/3, quanto al ricorso ai professionisti privati, ma il dato non sembra molto preciso.

²¹¹ J. FAGET, *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, cit., 235 ss. Come sottolinea P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 40, se la persona fisica abilitata riceve un compenso in misura fissa, pari ad Euro 38,87 per mediazione, l'associazione riceve Euro 76,22 se la mediazione ha durata inferiore al mese, Euro 152,45 se essa dura fino a tre mesi ed Euro 304,90 negli altri casi. Cfr. anche C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, cit., 182.

²¹² J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 53; J. FAGET, *Le tensions della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 87 ss.

²¹³ T. LEBÉHOT, *La cadre juridique de la médiation pénale*, cit., 216 ss.

associazioni²¹⁴, e comunque agli anni precedenti alla riforma del 2014, di cui non si possono ancora misurare gli effetti.

Quanto al numero di mediazioni attivate, sebbene esso non possa considerarsi trascurabile²¹⁵, da più parti si evidenzia come sia diminuito, negli ultimi anni, a vantaggio di soluzioni più rapide e meno costose come il “semplice” richiamo dell’autore del reato agli obblighi previsti dalla legge. Se ci si riferisce alle archiviazioni a seguito di procedura mediativa, si è passati, infatti, da 33.391 casi, nel 2000, a soli 23.451 nel 2009, mentre i casi di richiamo sono saliti vertiginosamente, nello stesso periodo, da 116.694 a 273.783, andando ad incidere (insieme alle regolarizzazioni, salite da 37.424 a 101.205) anche sul numero di *classement sans suite*, che è diminuito da 414.692 a 182.552²¹⁶. Il numero di mediazioni affidate (a prescindere dall’esito) alle associazioni è diminuito da 36.354 a 21.104.

Non occorre sottolineare che le modalità di intervento connesse ad una mediazione o, invece, ad un semplice richiamo, sono molto diverse, con un rischio elevato di nuova marginalizzazione della vittima nel quadro attuale.

Le ragioni principali di una tale tendenza sono indubbiamente economiche (una mediazione costa di più alla pubblica amministrazione e comunque ha una durata maggiore rispetto al richiamo), ma, come la dottrina francese non smette di ricordare, in qualche misura anche ideo-

²¹⁴ Per quanto riguarda il numero complessivo di procedure definite attraverso il ricorso alla mediazione è tuttavia reperibile nelle statistiche un dato significativo, che non distingue tra mediazioni riuscite/non riuscite o mediazioni delegate a privati/associazioni, ma consente di confrontare, in caso di archiviazione, i casi di ricorso alla mediazione e quelli di ricorso ad altre misure alternative.

²¹⁵ C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 79. M. TOULLIER, *La giustizia riparativa in Francia*, cit., 145, parla tuttavia di utilizzo della mediazione limitatamente all’1,5% dei procedimenti penali che riguardano i maggiorenni.

²¹⁶ Cfr. altresì i dati, non molto distanti, riportati da J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 64. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 22, parla di “crisi” dell’istituto.

logiche e culturali, legate ad una, ancora, limitata preparazione e sensibilizzazione in materia della magistratura²¹⁷.

Non bisogna poi dimenticare l'attrattiva che rappresenta oggi, per i pubblici ministeri, l'ambiguo istituto della composizione penale. Lo strumento appare poco coerente con i principi della giustizia riparativa, mancando la necessità di una spontanea attivazione del reo e di una ricerca di soluzioni condivise con la vittima, ma assicura un risultato rapido ed un qualche risarcimento a chi ha subito il reato. Se esso non aveva infatti alcuna rilevanza nel 2000, nel 2009 ha interessato ben 70.117 casi.

Come abbiamo anticipato, il campo applicativo della mediazione (così come quello delle altre ipotesi di "terza via" contemplate dall'art. 41-1 c.p.p.) non è predeterminato dal legislatore, anche se la dottrina tende a farlo coincidere con quello delle contravvenzioni e dei "piccoli delitti"²¹⁸.

Alcuni studi, condotti sulle prime pratiche francesi, hanno evidenziato come la mediazione venga attivata soprattutto in presenza di reati non gravi, che interessano soggetti, non recidivi, che si conoscono e sono destinati a continuare ad incontrarsi, a seguito della procedura (vicini, parenti, colleghi di lavoro)²¹⁹.

I dati pubblicati di recente possono permettere di confermare, sostanzialmente, queste osservazioni. Le mediazioni delegate alle associazioni hanno infatti riguardato, per circa la metà dei casi (equamente ripartiti tra loro, soprattutto negli ultimi anni), violenze all'interno della famiglia e lesioni volontarie. In misura minore, ma comunque significativa ed abbastanza equilibrata: ingiurie, mancato pagamento degli ali-

²¹⁷ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 68 s.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 79.

²¹⁸ C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 117.

²¹⁹ J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 81; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 793; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 154; I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio*, cit., 1987.

menti o mancata consegna del minore a colui che ha diritto di vederlo, furto, danneggiamento²²⁰.

Più della metà delle mediazioni ha avuto un esito positivo²²¹. A tale riguardo, però, uno studio condotto all'inizio del decennio scorso ha evidenziato che, come anticipato, se la buona riuscita della procedura non ha sempre impedito al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale (anche se in percentuali veramente marginali, 2% massimo), il suo esito negativo non ha escluso affatto l'archiviazione, disposta nella maggior parte dei casi (circa il 75%), anche in presenza di verbali negativi per "impossibilità di raggiungere un accordo"²²².

2.2. La giustizia riparativa in Germania

2.2.1. Riparazione e mediazione nel sistema processuale

In Germania, la riparazione (*Wiedergutmachung*), entro la quale trova un limitato spazio anche la mediazione penale (*Täter-Opfer-Ausgleich*), rappresenta un importante strumento di *diversion*²²³.

Sul piano processuale l'ordinamento tedesco è caratterizzato da un principio di legalità "temperato". Al di là dei reati procedibili a querela²²⁴, e della possibilità per l'organo dell'accusa di archiviare il proce-

²²⁰ Cfr. altresì P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 53 ss.

²²¹ M. TOULLIER, *La giustizia riparativa in Francia*, cit., 145.

²²² I dati sono tratti dalla ricerca condotta sulle pratiche di mediazione, ai fini della tesi dottorale, presso l'Università di Orleans, da S. ROBIN, *Etude quantitative et qualitative des effets de la médiation pénale* (Soutenue publiquement le 1/7/2003). La tesi è stata consultata presso la Bibliothèque Cujas, a Parigi. L'autore ha anche evidenziato che l'archiviazione è stata disposta nel 37,5% dei casi di rifiuto dell'indagato di partecipare alla procedura. Sul punto cfr. altresì F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 793.

²²³ D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, London, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 2001, 32; R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 20; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 199.

²²⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 219 s. L'Autore ricorda peraltro come, in Germania, esistano dei reati procedibili a querela in cui il pubblico ministero può ritenere necessario attivarsi ("per il particolare interesse

dimento quando non sussistono elementi sufficienti per il rinvio a giudizio²²⁵, esso conosce infatti molte deroghe al dovere d'azione, consistenti nella possibilità, per il pubblico ministero, di procedere all'archiviazione, generalmente previo consenso del giudice, pur in presenza dei presupposti necessari per l'esercizio dell'azione penale²²⁶.

Dall'introduzione, con il codice del 1877²²⁷, del canone dell'obbligatorietà (§ 152 StPO), che continua a sancire come regola il principio di legalità formale, si è assistito ad un fenomeno di sua progressiva erosione, in risposta alla crisi dell'amministrazione giudiziaria, mediante

pubblico all'esercizio dell'azione penale") quando la persona offesa rimanga inattiva (§ 238 StGB *Stalking*).

²²⁵ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in N. GALANTINI, F. RUGGIERI, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1998, 134, dove evidenzia come il semplice provvedimento di archiviazione non sia soggetto ad alcun controllo giurisdizionale diretto, a meno che la persona offesa non lamenti l'illegittimità dell'archiviazione sperando prima un ricorso amministrativo al superiore gerarchico del titolare del procedimento e quindi, in caso di esito negativo, ricorra al giudice. Tale controllo non ha quasi mai trovato applicazione.

²²⁶ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1754. Come ricorda anche questo Autore (nt. 49), quando gli elementi raccolti durante le indagini non sono sufficienti per formulare l'accusa, il pubblico ministero ha la facoltà di archiviare il procedimento senza un controllo giurisdizionale preventivo. Cfr. anche C.E. PALIERO, "*Minima non curat praetor*", cit., 472 ss., nonché approfonditamente T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, 89 ss.

²²⁷ Come rileva F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 92, nonostante le ripetute e profonde novelle che hanno caratterizzato la sua storia, la struttura del c.p.p. tedesco (*Strafprozessordnung*, *StPO*) è ancora quella del 1877, quando l'allora cancelliere Bismarck, ispirandosi al codice napoleonico, lo promulgò per lo Stato appena formatosi. L'introduzione delle prime eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale risale al 1924, seguita poi da ulteriori interventi in questo senso nel 1979, nel 1987 e nel 1993. Il contributo è importante anche per le indicazioni bibliografiche riportate nelle note. Cfr. altresì T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 105 ss. e R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., 193, 221 ss.; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2670.

una forma di “depenalizzazione processuale”²²⁸. Ciò è testimoniato dal § 153 StPO, che, in relazione a reati che siano comunque *Vergehen*, delitti, e non crimini, *Verbrechen*²²⁹, in caso di colpevolezza esigua²³⁰ e di mancanza di interesse pubblico a perseguire penalmente il fatto, prevede la possibilità per il pubblico ministero di non procedere, anche senza il consenso del giudice che sarebbe competente per il giudizio, se il reato è punito con una pena non superiore al minimo edittale e le conseguenze del reato appaiono esigue. Il § 153a StPO disciplina invece un peculiare procedimento di archiviazione condizionata o provvisoria²³¹, i cui presupposti di operatività sono stati allargati soprattutto nel 1993 con la *Entlastungsgesetz*, una novella sollecitata dalle problematiche socio-economiche conseguenti alla riunificazione²³².

²²⁸ Così C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 97; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 636. Cfr. approfonditamente L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 291 ss. e E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1969 ss.

²²⁹ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 297.

²³⁰ Secondo J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2006, 42, l’esiguità della colpevolezza potrebbe essere desunta anche da condotte riparatorie successive al fatto o dalla composizione del conflitto con la vittima. Nello stesso senso cfr. F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 120.

²³¹ P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 22, parla anche di “astensione provvisoria dall’esercizio dell’azione penale”. Cfr. M. CHIAVARIO, *La Justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, 29 s.

²³² H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, Cedam, 2003, 11; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 300. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1755. Egli parla di “virtuosa alchimia tra obbligatorietà e discrezionalità dell’azione”.

Con tale meccanismo deflattivo il pubblico ministero può rinunciare all'azione, di regola con l'autorizzazione del giudice e comunque previo consenso dell'indagato, quando l'interesse pubblico a perseguire penalmente i delitti può essere soddisfatto con l'imposizione di obblighi ed oneri sostitutivi, da adempiere entro termini prestabiliti (6 mesi-1 anno)²³³. Se l'adempimento interviene tempestivamente, l'archiviazione

²³³ § 153a StPO: *Rinuncia all'esercizio dell'azione penale a seguito di adempimento di obblighi*. “1) Con il consenso del giudice competente per il dibattimento e dell'accusato, il pubblico ministero, nel caso di un delitto (*Vergehen*), può provvisoriamente rinunciare ad esercitare la pubblica azione penale e allo stesso tempo imporre all'accusato l'adempimento di determinati obblighi e prescrizioni, quando essi siano idonei a far venir meno l'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale e la gravità della colpevolezza non sia di ostacolo. Come obblighi e prescrizioni sono presi in considerazione in particolare: 1) eseguire una determinata prestazione al fine di riparare il danno causato con il fatto; 2) pagare una somma di denaro a favore di un'istituzione di pubblica utilità oppure delle casse dello stato; 3) fornire delle prestazioni di pubblica utilità; 4) adempiere ad obblighi di mantenimento fino a un determinato ammontare; 5) adoperarsi seriamente per raggiungere una composizione con la persona offesa (mediazione reo-vittima) e, in tale occasione, riparare in tutto o in gran parte al proprio reato, oppure cercare di raggiungerne la riparazione; 6) partecipare ad un corso di formazione sociale; 7) partecipare a un corso di perfezionamento ai sensi del § 2b c. 2 frase 2 oppure ad un corso di idoneità alla guida ai sensi del § 4a della legge sulla circolazione stradale. Per l'esecuzione degli obblighi e delle prescrizioni, il pubblico ministero assegna all'accusato un termine che nei casi della frase 2 n. da 1 a 3, 5 e 7 è al massimo di sei mesi, nei casi della frase 2 n. 4 e 6 è al massimo di un anno. Il pubblico ministero può successivamente revocare obblighi e prescrizioni e prorogare per una volta il termine per una durata di tre mesi; con il consenso dell'accusato il pubblico ministero può anche imporre successivamente obblighi e prescrizioni e modificarli. Se l'accusato esegue gli obblighi e le prescrizioni, il fatto non può più essere perseguito come delitto. Se invece non li esegue, le prestazioni svolte non vengono compensate. Si applica in quanto compatibile il § 153 c. 1 frase 2 nei casi della frase 2 n. da 1 a 6 (non è, cioè, necessario il consenso del giudice per i casi di lieve entità, con conseguenze esigue). Si applica in quanto compatibile il § 246a c. 2 (che si riferisce a possibili interventi di natura terapeutica). 2) Se l'azione penale è già stata esercitata, il giudice, con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, può provvisoriamente sospendere il procedimento fino alla fine dell'udienza dibattimentale, nella quale gli accertamenti di fatto possono essere verificati per l'ultima volta, e allo stesso tempo imporre all'imputato gli obblighi e le prescrizioni indicati nel c. 1 frase 1 e 2. Si applica in quanto compatibile il c. 1 frase da 3 fino a 6 e 8. La decisione ai sensi della prima frase deve essere presa con ordinanza. L'ordinanza non è impugnabile. La frase 4 si applica anche al caso in cui risulti che gli obbli-

diviene definitiva²³⁴. Come per il paragrafo precedente, dopo l'esercizio dell'azione penale, la decisione per la definizione anticipata del procedimento può essere presa dal giudice, in presenza dei medesimi presupposti e con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato²³⁵.

La riforma ha ampliato i poteri discrezionali del pubblico ministero e del giudice e consentito l'applicazione della disposizione anche a condotte criminose di media gravità, inserendo tra i presupposti del § 153a non più la presenza di una colpevolezza esigua, bensì che la "gravità della colpevolezza" non sia di ostacolo all'archiviazione²³⁶.

Si può rilevare come, in questo contesto, la mediazione e la riparazione rientrano tra le condizioni alle quali può essere subordinata la rinuncia all'azione penale²³⁷. Sono rigidamente "prescritte" da parte del

ghi e le prescrizioni assegnati ai sensi della frase 1 sono stati eseguiti. 3) Nel corso del termine assegnato per l'adempimento degli obblighi e delle prescrizioni, la prescrizione è sospesa". Salve alcune modifiche intervenute, la traduzione dei primi tre commi del presente articolo – che dal 2013 si compone di un ulteriore comma concernente il problema della trasmissione dei dati personali alle agenzie chiamate ad attivare i citati corsi di formazione sociale – è essenzialmente quella offerta nell'appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 295 s. Cfr. altresì, per alcune precisazioni, G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 74. R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 42, sottolinea con favore la previsione di un termine entro il quale le prescrizioni devono essere adempiute, anche per la mediazione. Cfr. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., 478; F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 135 s.; R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, cit., 223; T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 106.

²³⁴ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 74. Come ricorda P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 28, nt. 24, le indagini, in tal caso, non possono essere riaperte.

²³⁵ H.H. JESCHECK, *Introduzione*, cit., 12; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 299.

²³⁶ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 364.

²³⁷ R.A.M. VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 21; D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 33; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 257. Come evidenziano C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, Hamburg,

pubblico ministero o del giudice all'indagato o all'imputato, che natu-

Kovač, 2008, 1; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 63° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2016, 431; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, in H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAELICKE, B. SONNEN (Hrsg.), *Handbuch der Resozialisierung*, 2° Aufl., Baden-Baden, Nomos Verl., 2003, 206: la mediazione (adoperarsi seriamente per raggiungere una composizione con la vittima) è stata inserita nel catalogo delle prescrizioni nel 1999. Cfr. anche P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 253. Non molto diversa, in questa prospettiva, appare la disciplina austriaca della *diversion* dettata oggi – a seguito della riforma entrata in vigore nel 2008, che ha spostato l'intero gruppo delle norme dedicate a forme di *diversion* riparativa in fondo al Libro Terzo del codice – dai parr. 198 ss. StPO ed illustrata da B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano?*, cit., 4 ss., dove la mediazione penale, in alternativa al pagamento di una somma di denaro allo Stato ed alla riparazione oppure al lavoro di pubblica utilità o, ancora, ad una più complessa ed individualizzata messa alla prova, compare tra le misure che il pubblico ministero (o, successivamente, il giudice) può proporre all'indagato unitamente al risarcimento del danno e/o alla riparazione – in previsione di una possibile archiviazione – ogniquale volta sussistano le seguenti condizioni: la competenza deve essere del giudice monocratico (reati puniti con massimo cinque anni di carcere o pena pecuniaria, salvo alcune eccezioni), vi deve essere una sufficiente chiarezza sulla modalità di svolgimento dei fatti, dal reato non deve essere derivata la morte di alcuno, deve essere verificata l'assenza di altre cause di archiviazione che porterebbero all'immediata chiusura del procedimento, non devono evidenziarsi profili di colpevolezza grave (ma rientrano nel concetto di colpevolezza sia il grado di intenzionalità, che la gravità del fatto) e l'organo giudiziario deve ritenere la diversione utile ai fini delle esigenze preventive, tanto generali quanto speciali. Il par. 167 StGB austriaco disciplina l'istituto della *Tätige Reue* ("pentimento operoso" o "recesso attivo"), che comporta l'esclusione della punibilità per l'ipotesi in cui, in presenza di un numero considerevole di reati contro il patrimonio, l'autore del reato, prima che l'Autorità abbia notizia del fatto (tipico, antiguridico e colpevole), volontariamente risarcisca il danno da lui cagionato nella sua integralità, ovvero si obblighi contrattualmente a risarcirlo entro un determinato periodo di tempo (cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 279). Il par. 42 StGB austriaco, invece, che disciplinava la clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto, è oggi confluito nel par. 191 StPO, in cui l'attenuazione in chiave deflattiva del principio di obbligatorietà dell'azione penale si giustifica in forza della tenuità dell'offesa, considerato il grado della colpevolezza dell'autore del fatto, le conseguenze dannose o pericolose del reato e la non necessità dell'inflizione di una pena in chiave general- o special-preventiva. L'archiviazione fondata su questa norma esige comunque la verifica del comportamento tenuto *post factum* dall'autore del reato. Per una compiuta analisi cfr. E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., 1959 ss.

ralmente le “devono” accettare, per non andare incontro ad un procedimento penale certo²³⁸, e quindi appaiono poco coerenti con le istanze più profonde della giustizia riparativa. La spontanea responsabilizzazione dell'autore del fatto nei confronti della vittima, il principio del consenso e la necessità di una libera adesione ai programmi di riparazione-mediazione (§ 1 Racc.; § 7 Principi base) costituiscono non solo le regole d'oro della *restorative justice*, ma anche prescrizioni delle linee guida sovranazionali²³⁹. Come è stato rilevato, qui la prospettiva di fondo non è quella strettamente riparatoria, nel senso di una “riconciliazione con la vittima”²⁴⁰ – che non pare necessariamente coinvolta nella decisione, almeno per quanto riguarda le ipotesi diverse dalla mediazione²⁴¹ – quanto piuttosto solo quella della ricerca di un miglioramento dei rapporti tra l'ordinamento e l'autore del fatto, il quale deve fare quanto richiesto per meritare un, già manifestato, atteggiamento benevolo dell'autorità pubblica nei suoi confronti²⁴².

L'estrema duttilità di tali modalità di definizione anticipata del procedimento, soprattutto con riferimento alla valutazione del venir meno dell'interesse pubblico, può dar evidentemente luogo a delle disparità di

²³⁸ Così C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco, cit., 98. Molto critica, sul punto, è l'analisi svolta dettagliatamente da C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., *passim*, nonché, in particolare, pag. 228, dove ribadisce il possibile contrasto con principi fondamentali quali il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione di non colpevolezza.

²³⁹ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 336: la riparazione, qui, discende da una decisione unilaterale della Procura e non da una volontaria assunzione di responsabilità da parte dell'agente.

²⁴⁰ Come rileva criticamente C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 229, per la buona riuscita di una mediazione, il presupposto della volontarietà nella partecipazione è invece irrinunciabile.

²⁴¹ P. GALAIN PALERMO, *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*, in *Revista penal*, 2009, n. 24, 83 ss. *Contra* E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., 1974, che parla di necessario consenso di vittima ed accusato, almeno per quanto riguarda i casi di mediazione o i casi in cui sia necessaria la cooperazione dell'offeso all'adempimento delle prescrizioni impartite all'offensore.

²⁴² G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 75; P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 24 s.

trattamento²⁴³, comportando il rischio concreto, alla luce dei dati conosciuti²⁴⁴, di una commercializzazione dell'amministrazione della giustizia penale per ragioni di economia processuale²⁴⁵.

Le critiche ad una soluzione di questo tipo, che investe unicamente il profilo processuale e non quello sostanziale, non sono mancate²⁴⁶.

2.2.2. Previsioni normative orientate al modello riparativo tra non punibilità e diversion

Sul piano più spiccatamente sostanziale, per quanto riguarda il diritto penale degli adulti, in Germania si considera rilevante che l'autore di

²⁴³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 208. C. MORGENSTERN, "Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco, cit., 98, nt. 13, riferisce di percentuali di *diversion* assai differenti, nei singoli Länder: da un minimo di 38% in Bavaria ad un massimo di 61% nello Schleswig-Holstein, nel 1998.

²⁴⁴ P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 32, illustra come, nella prassi, il giudice ed il pubblico ministero preferiscano (in circa il 90% dei casi) prescrivere il versamento di una somma allo Stato od eventualmente il risarcimento del danno materiale, dimenticando altre forme di riparazione o la stessa mediazione. Egli cita alcuni casi significativi (caso Mannesmann AG, caso Kohl), caratterizzati dal versamento di somme consistenti (anche 3.000.000 Euro).

²⁴⁵ C. ROXIN, *Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán*, in ID., *La prohibición de autoincriminación y de la escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi ed., 2008, 39 s.; G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 75. Come evidenzia L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 299, l'incombenza che si distingue per essere prescritta con maggior frequenza è il versamento di una somma di denaro in favore di un ente di pubblico interesse.

²⁴⁶ T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 116 ss., 136; H.J. HIRSCH, *El tratamiento de la criminalidad de bagatela en la República Federal Alemana* (1980), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo II, 249 ss. Molto critica è, più di recente, la posizione di P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 26 ss.; ID., *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 266. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 297, ne evidenziava il grande successo, nella pratica. Più positiva è la posizione di F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 159.

un reato abbia, successivamente al fatto, riparato od attenuato le sue conseguenze. Così, il § 46 StGB, riformulato nel 1986, in materia di commisurazione della pena, prende in considerazione come indice il comportamento del reo, successivo al reato, ed in particolare l'“impegno mostrato nel riparare il danno”, nonché il suo “impegno a trovare una composizione con la vittima”²⁴⁷.

Nella stessa prospettiva si colloca dichiaratamente il § 46a StGB, introdotto con la riforma del 28 ottobre 1994, la *Verbrechensbekämpfungsgesetz*²⁴⁸.

Il nuovo § 46a StGB delinea “un istituto bifronte: da un lato, circostanza attenuante della pena; dall'altro, rimedio che sterilizza e impedisce la punibilità del fatto tipico, in presenza di specifiche condizioni”²⁴⁹.

In forza di tale norma, inserita nel codice penale, il giudice può addirittura astenersi dall'applicare la sanzione ai fatti in cui si perverrebbe

²⁴⁷ F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 137; H.J. HIRSCH, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal* (1989), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, cit., Tomo III, 176; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., 1971; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° Auf. (neubearb.), Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 896 s., analizzano anche le ragioni di una tale scelta normativa.

²⁴⁸ § 46a StGB: *Mediazione tra reo e vittima, riparazione del danno*. “Se l'autore 1. nello sforzo di raggiungere una mediazione con la vittima (mediazione reo-vittima), ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso, oppure ha seriamente inteso ripararlo oppure 2. in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale, ha risarcito la vittima in tutto o per la maggior parte, il tribunale può attenuare la pena in base al § 49 c. 1 oppure, quando si tratta di una pena detentiva non superiore a un anno o di una pena pecuniaria non superiore a 365 tassi giornalieri, può astenersi dall'applicarla”. La traduzione del presente articolo è, salvo che in alcuni dettagli, quella offerta da G. FORNASARI, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, cit., 75. Un utile contributo alla comprensione è stato offerto dalla versione contenuta nell'appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 278. Cfr. S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, 24 ss.; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864; P. GALAIN PALERMO, *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2016, 107 ss.

²⁴⁹ E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., 1972.

all'irrogazione di una pena pecuniaria non superiore a 365 tassi giornalieri o di una pena detentiva non superiore ad un anno²⁵⁰. È indispensabile che il giudice proceda ad una sorta di commisurazione “fittizia” della pena, per capire se ci sono i presupposti per la rinuncia²⁵¹.

Qualora la pena da applicare sia invece più alta rispetto a tali limiti – o non si ravvisino i presupposti per non applicarla – è consentita al giudice (dal § 46a) esclusivamente una sua attenuazione ex § 49 c. 1 StGB. Le conseguenze non sono comunque secondarie, visto che il giudice può irrogare una sanzione inferiore al minimo edittale²⁵². Egli deve isolare la circostanza e dare ad essa un autonomo rilievo. Il suo riconoscimento è tuttavia facoltativo²⁵³.

²⁵⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 208, ricorda che le statistiche relative all'andamento della criminalità dimostrerebbero che circa il 95% di tutti i casi che giungono a conoscenza dell'autorità giudiziaria rientrerebbero entro i limiti indicati per l'astensione da pena. La prassi, però, farebbe registrare una limitata applicazione della norma in esame, con particolare riferimento alla mediazione. Nello stesso senso cfr. D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 34 ss., che sottolinea le prevalenti resistenze di carattere culturale. Il medesimo dato statistico sull'ambito applicativo dell'istituto è riportato da I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 16; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 205 e D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 383.

²⁵¹ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 427.

²⁵² Come evidenzia G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 10, la scelta del legislatore tedesco è stata quella di non attribuire normalmente alle circostanze un'efficacia extraedittale e di farle confluire, senza necessità di tipizzarle, nell'ambito della commisurazione della pena, salvo il caso di configurarle come “casi particolarmente gravi” o “casi meno gravi”, con conseguente modifica dei limiti edittali. Sul punto cfr., tuttavia, per un più completo inquadramento della disciplina tedesca in materia, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, 315 ss.

²⁵³ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 393. Con questa norma (§ 49 StGB), il legislatore tedesco ha inteso assicurare una tendenziale uniformità nelle variazioni di pena, predeterminando l'esatta entità della diminuzione applicabile in tutti i casi non diversamente disciplinati (per le pene temporanee, oltre che per quelle pecuniarie, è prevista una riduzione fino a tre quarti della pena edittale massima ed una riduzione del limite edittale minimo, secondo misure differenziate in rapporto all'entità della pena da modificare): A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 321.

Come abbiamo anticipato parlando della riparazione come “terzo binario” sanzionatorio, le riflessioni che hanno accompagnato, nel dibattito teorico della fine degli anni Ottanta ed inizio anni Novanta, la scoperta dell’istituto della *Wiedergutmachung* sono state molto ricche, investendo il tema delle finalità della pena, del ruolo delle vittime nel sistema penale, del significato della riparazione²⁵⁴. Esse sono sfociate,

²⁵⁴ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, in I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS (ed. by), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 121; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864 s.; P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 134 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 200; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 251. Come sottolinea anche G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, cit., 70, tale dibattito diede vita ad una produzione bibliografica ricchissima. Come già ricordato, su due fronti drasticamente opposti si sono collocati sul punto C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 3 ss. e H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 275 ss.; le loro posizioni sono bene riassunte anche negli interventi pubblicati nel volume di raccolta degli atti del Convegno svoltosi in materia a Freiburg, nel 1989: H.J. HIRSCH, *Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 377 ss., assolutamente contrario all’introduzione di un “terzo binario” sanzionatorio (cfr. pag. 379), e C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, cit., 367 ss., che – raccogliendo gli spunti più significativi emersi nel corso del convegno – traccia (372 ss.) alcune importanti direttrici lungo le quali indirizzare una nuova disciplina della riparazione da integrare con decisione nel diritto penale tedesco. Si veda anche J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 16; P. GALAIN PALERMO, *¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*, in M. ONTIVEROS ALONSO, M. PELÁEZ FERRUSCA (coord.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, 493 ss.; H.J. HIRSCH, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal*, cit., 181 ss.; per un quadro molto approfondito: D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 279 ss.; nonché, per una ricca bi-

innanzitutto, in un elaborato progetto di riforma (il già citato *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*)²⁵⁵ caratterizzato dal fatto che la condotta riparatoria “volontaria” veniva inquadrata come causa di esclusione della pena (*Absehen von Strafe*, § 4 *AE-WGM*) – oltre che, in generale, di mera attenuazione (§ 5 *AE-WGM*) – in ipotesi di reati non tassativamente elencati, ma la cui pena detentiva da irrogare in concreto non fosse superiore all’anno²⁵⁶. Le modalità riparatorie venivano semplificate, come ricordato, nel § 2 del progetto e comprendevano il risarcimento per equivalente insieme a diverse altre prestazioni anche simboliche ed al lavoro di pubblica utilità.

L’ampio ed articolato progetto investiva diversi istituti del codice penale e di quello processuale e prevedeva di inserire la disciplina sostanziale della *Wiedergutmachung* nel titolo primo (ridenominato “riparazione e pene” in luogo di “le pene”) o addirittura in un apposito titolo nell’ambito del Capo III del codice penale in tema di “conseguenze giuridiche del fatto”²⁵⁷. Esso non è stato accolto dal legislatore tedesco nella sua interezza, anche in conseguenza delle critiche rivoltegli, ma non è rimasto lettera morta, avendo sollecitato proprio la riforma del 1994, che dal progetto ha preso indubbiamente uno spunto importante²⁵⁸.

bliografia: H.J. KERNER (Hrsg.), *Opfer und Täter*, Tübingen, Tobias-lib, 2003. Come evidenziano P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 137, i gruppi politici conservatori, in particolare, valorizzavano la mediazione come strumento di tutela della vittima.

²⁵⁵ AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit.

²⁵⁶ Come evidenzia chiaramente C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, non c’è ragione per escludere alcune categorie di reati dall’ambito applicativo dell’istituto. Indubbiamente, per i reati più gravi, non ci potrà essere spazio per una rinuncia alla pena, ma la riparazione potrà comunque rivelarsi utile per la vittima, giustificando un’attenuazione della sanzione penale medesima.

²⁵⁷ Come ricorda D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 444, il legislatore tedesco ha preferito inserire il § 46a nell’ambito del titolo secondo, sul computo della pena.

²⁵⁸ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 16 si sofferma ad esempio su alcune critiche rivolte al progetto, sia in merito ad un’eccessiva valorizzazione delle potenzialità della *Wiedergutmachung* che ad un possibile conflitto della disciplina proposta con i principi fondamentali del processo penale, come il principio di non colpevolezza. Cfr. altresì G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, cit., 72 e D. FON-

Oggi, fermo il limite dell'anno di reclusione o della pena pecuniaria di 365 tassi, oltre il quale la disposizione opera parzialmente, consentendo solo l'attenuazione della sanzione, il giudice, in presenza di un'attività riparatoria, che esamineremo a breve più attentamente, quando ritenga sussistenti i presupposti per l'applicazione della norma, ha una duplice facoltà: astenersi dal comminare una pena o attenuarla²⁵⁹.

Per quanto riguarda il profilo attinente all'efficienza processuale è bene ricordare che, in questi casi, il procedimento può essere definito anticipatamente: il pubblico ministero può, con il consenso del giudice, non esercitare l'azione penale in tutte le ipotesi in cui, con la sentenza, l'organo giudicante potrebbe prescindere dall'applicazione della pena (e quindi anche in ipotesi di riparazione/mediazione) ed il giudice può pronunciare, negli stessi casi, una sentenza di non luogo a procedere prima dell'inizio del dibattimento, con il consenso del p.m. e dell'imputato (§ 153b StPO)²⁶⁰.

DAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 433, 446. P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 46, sul piano formale, afferma come la vera sfida per i sostenitori del "terzo binario" consista nel reperire un fondamento dogmatico adeguato alla riparazione (equivalente a quello della colpevolezza, per la pena, ed a quello della pericolosità, per le misure di sicurezza). Fino a quel momento, la riparazione dovrà essere ricondotta ai binari già noti. Egli parla, infatti, di "equivalente funzionale della pena".

²⁵⁹ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 72. Come evidenzia I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 43, il limite di pena è quello già contemplato nel Progetto alternativo.

²⁶⁰ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 137; K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28° Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2014, 362; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 867. Come rileva C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 233, in questi casi, a differenza di quanto avviene quando la mediazione è imposta, le prestazioni non sono estorte. L'Autrice guarda con favore a questa disposizione, letta in relazione al § 46a, anche sotto il profilo del rispetto dei principi fondamentali. T. PFORDTE, § 153b StPO, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 3° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2013, 2495 sottolinea come si richieda che sia probabile che il giudice si asterrà dalla comminazione della pena.

Al di là di eventuali accordi informali che possono essere preventivamente raggiunti con l'accusa²⁶¹, a differenza di quanto avviene con la prescrizione delle condotte riparatorie o della procedura mediativa da parte del giudice o del pubblico ministero, quando l'indagato o l'imputato scelgono questa strada non hanno alcuna certezza di conseguire l'impunità, ma, grazie a questa norma processuale, le ragioni della non punibilità si sono sposate con quelle "diversive": il legislatore tedesco ha ritenuto che, se non ci sono i presupposti per applicare la pena, si può anche rinunciare allo svolgimento integrale del processo, per l'accertamento del reato²⁶². Qualora, invece, la pena debba essere solo attenuata, il procedimento si svolge nelle forme ordinarie.

Tale quadro normativo di riferimento si è ulteriormente arricchito, a partire dal 1999, con l'adozione di alcuni accorgimenti nell'ambito del codice di procedura penale, volti soprattutto a sollecitare il ricorso alla mediazione vera e propria²⁶³.

Ad ulteriore sostegno di una concezione più spiccatamente riparativa della giustizia, va ricordato il disposto del § 136 c. 1 StPO, in forza del quale colui che è chiamato a rispondere di un reato deve essere informato, nel corso del suo primo interrogatorio, dell'esistenza dello

²⁶¹ T. PFORDTE, § 153b StPO, cit., 2495, in qualche modo, li raccomanda, al fine di promuovere l'applicazione della norma, evitando rischi eccessivi per l'autore del fatto. L'equilibrio è difficile: l'attivazione di un percorso mediativo e/o la riparazione presuppongono almeno il riconoscimento dei "fatti storici". Abbiamo tuttavia ricordato come diversi documenti sovranazionali richiedano espressamente che la partecipazione alla mediazione – in caso di esito negativo – non sia utilizzata contro l'imputato, come prova di ammissione di colpevolezza in sede giudiziaria.

²⁶² Molto critico sul punto A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 245 s., il quale ritiene che la norma in questione rappresenti un'ipotesi di sovrapposizione di esigenze meramente processuali al significato teleologico della vicenda sostanziale: "un esempio da non imitare". Sarebbe necessaria, infatti, nonostante la rinuncia alla pena, una pubblica riprovazione della condotta dell'imputato. La norma in questione esisteva prima dell'introduzione del § 46a StGB: H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 291.

²⁶³ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 231 evidenzia gli sforzi profusi dalla scienza giuridica in tema di mediazione e le critiche che sono state formulate contro uno "zelo pedagogico troppo ottimista".

strumento mediativo per i casi adeguati²⁶⁴; nonché, soprattutto, quella che è stata definita come “la norma fondamentale”²⁶⁵, in ambito processuale, per l’instaurazione della mediazione: il § 155a StPO, che espressamente stabilisce che il pubblico ministero ed il giudice devono verificare, nei casi adeguati, se sia possibile ricorrere alla mediazione tra l’imputato e la persona offesa, in ogni fase del procedimento²⁶⁶. Le parti possono essere invitate quindi a partecipare ad un determinato programma di mediazione²⁶⁷, ed oggi, in forza del disposto del nuovo § 406i StPO, introdotto dalla legge 21 dicembre 2015 per il potenziamento dei diritti delle vittime nel processo penale, in attuazione della

²⁶⁴ § 136 StPO: *Primo interrogatorio da parte del giudice*. “1) Con l’inizio del primo interrogatorio, deve essere comunicato all’imputato quale fatto gli venga contestato e quali disposizioni penali vengano prese in considerazione. Egli deve essere avvisato che gli è garantito dalla legge il diritto di esprimersi su quanto gli viene addebitato, oppure di non fare dichiarazioni sull’accusa in ogni momento, e anche prima del suo interrogatorio, di consultare un difensore di sua scelta [...]. In casi adeguati, l’imputato deve essere informato del fatto che può fare dichiarazioni scritte e che è possibile *procedere a una mediazione tra il reo e la vittima*. 2) L’interrogatorio deve offrire all’imputato la possibilità di far venir meno le ragioni che fondano il sospetto nei suoi confronti e di far valere i fatti che depongono a suo favore. 3) Durante il primo interrogatorio dell’imputato va presa in considerazione la sua situazione personale”. La modifica relativa alla mediazione è intervenuta nel 2004.

²⁶⁵ C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 22; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 43.

²⁶⁶ § 155a StPO: *Mediazione tra reo e vittima*. “Il pubblico ministero e il tribunale debbono verificare in ogni fase del procedimento se sia possibile raggiungere una mediazione tra l’imputato e la persona offesa. In casi adeguati, essi debbono muoversi in questa direzione. L’adeguatezza non può essere supposta contro l’espressa volontà della persona offesa”. Anche questa traduzione, come quella dell’ultimo articolo, è tratta dall’appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 293 ss. L’Autore (p. 231) evidenzia come la persona offesa possa porre il veto su tale procedimento. Cfr. anche T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 431. L’articolo è stato introdotto nel 1999, come il seguente.

²⁶⁷ Grazie al § 155b StPO sono stati regolati alcuni profili pratici, come il trattamento dei dati personali nei rapporti tra la giustizia formale e gli organismi di mediazione, strutture pubbliche specializzate: cfr. C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e *sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco*, cit., 104; S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation*, cit., 124 e E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, 1976, nt. 66.

Direttiva 2012/29/UE, le vittime devono essere informate tempestivamente dall'autorità giudiziaria della possibilità di ottenere la riparazione partecipando ad una procedura mediativa²⁶⁸.

Allo stato, i risultati raggiunti su questo specifico fronte non sono, tuttavia, molto evidenti. Come è stato rilevato da più parti – sulla base però di dati raccolti in modo poco sistematico sul territorio tedesco²⁶⁹ – nonostante queste chiare indicazioni legislative, la percentuale dei casi in cui, soprattutto in fase di indagini²⁷⁰, si è dato effettivamente corso ad una mediazione non è superiore al 5%, in presenza di autori del reato adulti²⁷¹, anche se gli esiti positivi sono assai incoraggianti²⁷².

Le ragioni di un approccio così timido all'istituto sono individuate dalla dottrina in problemi di ordine culturale, mancando tra gli operatori del diritto una specifica formazione in materia, e di carattere economico, non essendo previste remunerazioni supplementari per magistrati od avvocati che si attivino in questo senso, investendo molto tempo²⁷³.

Il quadro normativo in materia di giustizia riparativa e conciliativa, in Germania, non sarebbe infine completo se ci dimenticasse di considerare che esiste la possibilità di esercitare un'"azione penale privata"

²⁶⁸ Sull'importanza di un cogente obbligo di informazione, nell'ambito dell'ordinamento tedesco cfr. M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4193.

²⁶⁹ D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 35; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 263.

²⁷⁰ A. PAROSANU, *Restorative Justice in Germany*, in A. PITSELA, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU (ed. by), *Restorative Justice in Criminal Matters. Comparative Research in 11 European Countries*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas Publications, 2013, 87 ss.

²⁷¹ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation*, cit., 123; N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany. The Long and Winding Road*, in N. ALEXANDER (ed. by), *Global Trends in Mediation*, II ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 226. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 166, parla di pochi casi.

²⁷² A. PAROSANU, *Restorative Justice in Germany*, cit., 89, riferisce per esempio i dati relativi al 2010, dove le mediazioni sono state attivate per l'81% dei casi in fase di indagini, con risultati positivi (raggiungimento di un accordo) nel 91% dei procedimenti attivati.

²⁷³ C. MORGENSTERN, *"Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco*, cit., 102.

(*Privatklage*). Il § 374 StPO elenca i reati che la persona offesa ha il diritto di perseguire essa stessa²⁷⁴.

Come è stato rilevato, però, non si può certo dire che il legislatore abbia gettato un “ponte d’oro alla vittima per perseguire attivamente tramite il diritto penale i suoi interessi lesi”²⁷⁵. Si profilano, infatti, alcuni ostacoli: l’accusato, qualora lamenti a sua volta un reato perseguibile con azione penale privata, può esercitare una contro-azione contro colui che l’ha esercitata per primo; quest’ultimo deve offrire una garanzia finanziaria per le spese processuali dell’imputato, e soprattutto, per alcuni di questi reati, che potremmo definire “di relazione” (violazione

²⁷⁴ § 374 StPO: *Ammissibilität*. “1) Nell’ambito dell’azione penale privata la persona offesa può esercitare l’azione penale senza che vi sia bisogno della previa richiesta al pubblico ministero per i seguenti reati: 1. violazione di domicilio (§ 123 c.p.), 2. ingiuria (§§ 185 fino a 189 c.p.), se questa non è rivolta a una delle organizzazioni politiche indicate nel § 194 c. 4 c.p., 3. violazione della segretezza della corrispondenza (§ 202 c.p.), 4. lesioni personali (§§ 223 e 229 c.p.), 5. *stalking* (§ 238 c. 1 c.p.) o minacce (§ 241 c.p.), 5a. corruzione attiva o passiva nei rapporti commerciali tra privati (§ 299 c.p.), 6. danneggiamento (§ 303 c.p.), 6a. reati ai sensi del § 323a c.p., qualora il fatto commesso in stato di ebbrezza sia uno dei delitti indicati nei numeri da 1 a 6, 7. reati ai sensi dei §§ 16 fino a 19 della legge sulla concorrenza sleale, 8. reati ai sensi del § 142 c. 1 della legge sui brevetti, § 25 c. 1 della legge sui modelli di utilità, § 10 c. 1 della legge per la protezione dei semiconduttori, § 39 c. 1 della legge sulla protezione delle valute, § 143 c. 1, § 143a c. 1 e § 144 c. 1 e 2 della legge sui marchi, § 51 c. 1 e § 65 c. 1 della legge sui modelli ornamentali, i §§ da 106 a 108 nonché § 108b c. 1 e 2 della legge sul diritto d’autore e § 33 della legge che riguarda il diritto d’autore su opere dell’arte figurativa e della fotografia. 2) L’azione penale privata può essere anche fatta valere da chi è autorizzato a sporgere querela accanto alla persona offesa o in sua vece. Le persone indicate nel § 77 c. 2 c.p. possono esercitare l’azione penale privata anche quando l’autorizzato prima di loro ha esercitato il diritto di querela. 3) Se la persona offesa ha un rappresentante legale, l’autorizzazione a esercitare l’azione penale privata viene a spettare a questo, e se le persone offese sono corporazioni, società e altre associazioni di persone che, come tali, possono esercitare azioni di tipo civile, l’autorizzazione a esercitare l’azione penale privata spetta a quelle stesse persone tramite le quali esse vengono rappresentate nelle cause civili”. Traduzione tratta dall’appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 300 s. Nel 2015 è stato inserito anche il riferimento al § 201a cc. 1 e 2 c.p. Nel 2017, invece, è stato cancellato il riferimento al reato di *stalking* (§ 238 c. 1 c.p.). Cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 161 ss.

²⁷⁵ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 223.

di domicilio, ingiuria, violazione della segretezza della corrispondenza, lesioni personali, minacce, danneggiamento), e che presuppongono un rapporto tra le parti antecedente al fatto criminoso²⁷⁶, colui che esercita l'azione penale deve aver esperito preventivamente un tentativo di conciliazione davanti ad un organo amministrativo, formato di regola da non giuristi ed istituito dai singoli *Länder* (§ 380 StPO). In difetto, o comunque qualora l'offeso non si presenti davanti al soggetto adito, l'esercizio dell'accusa da parte sua è inammissibile²⁷⁷.

Anche tale istituto – che pur appare ispirato più che da effettive ragioni di tutela della vittima, dalla volontà di limitare il ricorso all'azione penale privata – può essere quindi annoverato tra quelli che contribuiscono alla ricerca di soluzioni conciliative ed alternative alla pena, in ipotesi di fatti penalmente rilevanti. Si è affermato addirittura che, dietro ad esso, si annida la moderna idea di mediazione²⁷⁸. Non è secondario evidenziare fin d'ora come molti reati, per i quali la ricerca di un tale accordo sia preliminarmente richiesta, sono attribuiti, in Italia, alla competenza penale del giudice di pace ed addirittura sono stati in parte decriminalizzati²⁷⁹.

²⁷⁶ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 161.

²⁷⁷ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 115 s. L'Autrice rileva come l'istituto costituisca una deroga al monopolio del pubblico ministero, il quale comunque, qualora ravvisi un pubblico interesse alla persecuzione, può esercitare egli stesso direttamente l'azione o intervenire (avocandolo a sé) successivamente alla sua proposizione da parte del privato. In tal caso, il processo continua nelle forme ordinarie. Come riferisce C. MORGENSTERN, "*Diversion*" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco, cit., 103, circa la metà dei tentativi di conciliazione si conclude con un accordo. Cfr. anche R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, cit., 202, 224 e F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 150.

²⁷⁸ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 23, anche per una breve analisi di alcune problematiche poste dalla norma, che lascerebbe ad esempio irrisolto il problema del trattamento delle ipotesi in cui, raggiunto l'accordo in sede di tentativo di conciliazione, l'autore del reato si rifiuti successivamente di adempierlo.

²⁷⁹ Cfr. sul punto, approfonditamente, il prossimo capitolo. Cfr., comunque, C. MORGENSTERN, "*Diversion*" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco, cit., 102.

2.2.3. § 46a StGB: riparazione del fatto e riparazione del danno

Per quanto attiene allo specifico della riparazione di cui al § 46a StGB, va distinta l'ipotesi in cui l'autore abbia proceduto alla riparazione del fatto, integralmente o per la maggior parte, oppure si sia seriamente impegnato in questo senso, nello sforzo di raggiungere una mediazione/composizione del conflitto con la vittima (§ 46a n. 1 StGB), dal caso in cui l'autore del fatto abbia proceduto alla riparazione "economica"/risarcimento del danno, sempre integralmente o per la maggior parte, grazie ad una rinuncia o ad un notevole impegno personale (§ 46a n. 2 StGB)²⁸⁰. Le due ipotesi sono parificate quanto agli effetti giuridici: il giudice può attenuare la pena in base al § 49 c. 1 StGB oppure, quando si tratta di una pena detentiva non superiore ad un anno o di una pena pecuniaria non superiore a 365 tassi giornalieri, può astenersi dall'applicarla²⁸¹.

I problemi interpretativi che tale norma ha suscitato, fin dalla sua introduzione nell'ordinamento tedesco, non sono pochi.

Si può affermare, innanzitutto, che non è sempre del tutto chiaro il rapporto tra la riparazione del "fatto", di cui al n. 1 del § 46a, e la riparazione del "danno", di cui al n. 2 del medesimo paragrafo, con una parziale sovrapposizione di piani tra la dimensione del danno criminale e quella del danno civile²⁸². Del resto, come è stato rilevato, questa netta scissione non era stata tracciata nella discussione scientifica che aveva preceduto la riforma²⁸³.

Gran parte della dottrina, nonostante le affermazioni quasi costanti della giurisprudenza ancorata alla natura dei danni (non materiali o ma-

²⁸⁰ B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 255; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864.

²⁸¹ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 209.

²⁸² G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 73; S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB*, cit., 57 ss.

²⁸³ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29. Come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 414, si tratta comunque di anime difficilmente conciliabili. L'Autrice si sofferma spesso sul rapporto tra offesa e danno (pag. 478).

teriali) che si dovrebbero riparare²⁸⁴, distingue le due ipotesi semplicemente sulla scorta del tipo di prestazioni riparatorie che sarebbero contemplate: immateriali (non meglio definite), nel primo caso, o, invece, materiali/risarcitorie, nel secondo²⁸⁵. Non mancano autori che, però, pur partendo da questa distinzione di massima, elencano anche il risarcimento del danno tra le prestazioni del primo gruppo, o sostengono che le prestazioni materiali ed immateriali possono coesistere, in un quadro più realistico, ma ancora confuso²⁸⁶.

Nonostante non si possa affatto rinvenire nella norma, soprattutto con riferimento al n. 1, alcun limite nel ricorso a forme particolari di *Wiedergutmachung*²⁸⁷, comprensive di prestazioni simboliche, è stato rilevato come, nell'esperienza pratica – forse anche a causa di una certa difficoltà interpretativa che lo stesso concetto di “riparazione del fatto”

²⁸⁴ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 462 s.; D. RÖSSNER, J. KEMPFER, § 46a StGB, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, cit., 487; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 428; W. STREE, J. KINZIG, § 46a StGB, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2014, 820. In questo senso cfr. anche BVerG, Beschl. v. 30.10.2002, in *NJW*, 2003, 740, che ha ritenuto tale interpretazione conforme al testo della legge ed alla volontà del legislatore. A titolo di esempio, in BGH, Beschl. v. 20.2.2001, in *StV*, 2001, 346, si è affermato che costituisce un errore rilevante non applicare il n. 1, che si riferisce alle ipotesi di compensazione dei danni immateriali, in un caso di estorsione in cui il reo abbia restituito la refurtiva, si sia scusato con la vittima ed abbia versato un risarcimento per i danni morali.

²⁸⁵ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29, che precisa come il denaro che risarcisce il danno non patrimoniale ben possa ricadere nel § 46a n. 2; D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 33; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 33.

²⁸⁶ Nel primo senso cfr. D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 213. Nel secondo senso cfr. S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB*, cit., 116, il quale evidenzia come possano coesistere prestazioni materiali ed immateriali, con conseguenti problemi interpretativi. La giurisprudenza più illuminata esprime dei seri dubbi sulla possibilità di distinguere nettamente tra le due ipotesi: BGH, Urt. v. 25.5.2001, in *NWJ*, 2001, 2557.

²⁸⁷ Già C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, prima della riforma che ha portato all'inserimento del § 46a, riteneva che non si dovessero introdurre limitazioni sul punto.

sembra porre²⁸⁸ – il risarcimento del danno per equivalente rappresenti la forma più tipica di “riparazione”, con il rischio più che concreto di una sua “economicizzazione”²⁸⁹ e di una discriminazione a danno dei soggetti privi di mezzi²⁹⁰.

L’obiettivo originario di valorizzazione della riparazione del fatto come nucleo della conciliazione sembra, in concreto, essere divenuto secondario, limitando il profondo significato innovativo di una norma come quella in esame²⁹¹.

Quanto al dato letterale, la prima parte del paragrafo richiede espressamente l’instaurazione di un processo comunicativo tra le parti²⁹² e pone quindi la questione del rapporto con la mediazione vera e

²⁸⁸ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 89, 143; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131.

²⁸⁹ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131, parla di un rilievo non più solo civilistico del risarcimento del danno.

²⁹⁰ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s.

²⁹¹ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, cit., 73 s.

²⁹² I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 35; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 209; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 58; C. MORGENSTERN, *“Diversion” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco*, cit., 101. Quanto alle parti coinvolte, dal lato passivo, richiamando quanto già ricordato nel primo capitolo in merito alle osservazioni di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 313 ss. sulle nozioni di *Opfer* (“vittima”) e *Verletzter* (“offeso in senso processuale”) si può evidenziare come nel § 46a si utilizzi al n. 1 sia il primo che il secondo termine e al n. 2 il primo, a dimostrazione di una certa ambiguità in tal senso. Quanto alle ipotesi di cui al n. 1, ferme le considerazioni più generali che possono essere svolte in merito al significato di un processo mediativo e le riflessioni che andremo a sviluppare sulla prassi tedesca, si può ricordare (sulla scorta del contributo dell’Autrice citata, p. 325) come il soggetto processuale *Verletzter*, sul piano sostanziale, sia – secondo un’interpretazione proposta – il soggetto titolare dell’interesse alla riparazione del danno (penalmente) riconosciuto, il cui contenuto include sia il bene protetto in via primaria, sia il bene secondariamente protetto, che coincide con un interesse privato. Come rileva l’Autrice, comunque, entrambi i termini – per quanto riguarda il contesto in esame – non possono che essere intesi con riferimento al titolare del bene giuridico leso o minacciato dal reato (in difetto, l’autore del reato dovrebbe fare fronte alla com-

propria, i cui primi esperimenti, nell'ambito del diritto penale degli adulti, risalgono al 1984²⁹³.

L'obiettivo della soddisfazione della vittima è, in questo contesto, fondamentale e non rilevano, in caso di composizione del conflitto, le tipologie di prestazioni svolte o promesse²⁹⁴, ma si deve sottolineare come l'esclusione o la riduzione della pena possano dipendere anche dall'impegno profuso dal reo nel cercare di raggiungere una mediazione con la vittima, senza che un risultato debba essere ottenuto ad ogni costo²⁹⁵. La dottrina tedesca ha definito "ragionevole e giusto" che sia sufficiente impegnarsi per ottenere una mediazione e che non si richieda come presupposto la sua riuscita, visto che la persona offesa non può essere trascinata nel procedimento contro la sua volontà²⁹⁶: "le conseguenze giuridiche non possono dipendere dal fatto casuale che la vittima sia disposta a entrare genericamente in contatto con il reo"²⁹⁷. È chiaro però come non sia sempre facile dimostrare di aver compiuto gli sforzi richiesti²⁹⁸, che, per la giurisprudenza, non possono prescindere

pensazione di una quantità incalcolabile di danni nei confronti di un numero indefinito di soggetti).

²⁹³ B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 253, individua in quello di Tubinga, del 1984, il primo progetto di mediazione penale per gli adulti, ancorché privo di un supporto normativo.

²⁹⁴ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 35. A pag. 132 l'Autore sottolinea come i parametri civilistici possano però ritornare in questione quando la vittima non sia pienamente soddisfatta, al fine di valutare l'adeguatezza degli sforzi riparatori. In giurisprudenza, nel considerare una composizione effettivamente raggiunta, si è affermato che la vittima deve accettare *intimamente* le prestazioni dell'autore come un atto pacificatore e quest'ultimo deve andare incontro alla vittima con l'aspirazione di renderla nuovamente felice (BGH, Urt. v. 31.5.2002, in *StV*, 2002, 650).

²⁹⁵ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866.

²⁹⁶ S. WALTHER, *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and what Remains to be Done*, in *International Review of Victimology*, 2000, vol. 7, 274.

²⁹⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232. J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 50, parla di un'offerta rivolta alle parti.

²⁹⁸ La giurisprudenza ha evidenziato che se non è necessaria una confessione per dar corso alla mediazione e farla concludere positivamente, essa può comunque consi-

da un qualche coinvolgimento (od invito al coinvolgimento) della vittima²⁹⁹.

Non sono mancate, naturalmente, severe critiche nei confronti dell'eccessiva indeterminatezza di tale disciplina, alla quale, tuttavia, la mediazione è spesso, e forse inevitabilmente, esposta³⁰⁰. Il legislatore tedesco, come altri, con il § 46a n. 1 StGB non ha regolato la procedura mediativa, né richiesto espressamente la partecipazione di un vero e proprio mediatore³⁰¹. In questo contesto, però, aver giustapposto in un unico articolo ipotesi molto diversificate (riparazione del fatto, o della maggior parte/serio impegno alla riparazione del fatto/riparazione del danno, o della maggior parte) e suscettibili di esiti assai differenti (irrelevanza della riparazione/attenuazione della pena/rinuncia alla stessa)

derarsi un indice positivo di riuscita, per l'applicazione della norma in esame: BGH, Beschl. v. 20.9.2002, in *StV*, 2002, 649. Recentemente, è stato escluso il n. 1 in un caso in cui, al di là degli sforzi compiuti, l'autore abbia ricostruito il fatto invocando la legittima difesa ed assumendo egli stesso la posizione di vittima (trattavasi di lesioni personali): BGH, Urt. v. 25.2.2010, in *NStZ-RR*, 2010, 175. Al contrario, non sussiste alcuna indicazione contraria all'applicazione del n. 1 in ipotesi di riconoscimento di un eccesso di legittima difesa (BGH, Beschl. v. 4.8.2009, in *NStZ*, 2010, 82). Quanto alla considerazione della volontà della vittima, si è affermato che essa può essere trascurata solo quando gli sforzi siano stati compiuti con la ferma aspirazione di "renderla felice" (BGH, Urt. v. 31.5.2002, cit., 650) ed il rifiuto di quest'ultima non sia supportato da interessi meritevoli di ottenere una tutela giuridica (T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 429).

²⁹⁹ OLG Bamberg, Urt. v. 19.9.2006, in *NStZ-RR*, 2007, 37.

³⁰⁰ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232, sottolinea anche l'importanza dell'esperienza e della sensibilità di coloro che guidano ed accompagnano il procedimento mediativo.

³⁰¹ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation*, cit., 123; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 867; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 255. Come evidenzia D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 211, qui l'accordo può essere raggiunto da soli, con l'aiuto di un mediatore, degli avvocati o del pubblico ministero. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866, sembra più propenso a chiedere comunque l'instaurazione di un vero e proprio procedimento mediativo.

ha aggravato le difficoltà degli operatori nell'assicurare una sua applicazione univoca³⁰².

Dai pur limitati dati a disposizione, che peraltro non distinguono tra le mediazioni attivate in forza del § 46a StGB o, invece, a seguito di prescrizione, in base al § 153a StPO³⁰³, si evidenzia come la procedura mediativa vera e propria sia attivata soprattutto nella fase delle indagini preliminari (la percentuale supera anche il 90% dei casi di mediazione nel 2001), quale strumento di *diversion*³⁰⁴, ed in presenza di reati non certo bagatellari, come le lesioni³⁰⁵. Le prestazioni oggetto dell'accordo vengono normalmente eseguite³⁰⁶.

Il n. 2 del paragrafo in esame si incentra, invece, sulla riparazione o, più precisamente, sul risarcimento del danno, con la significativa peculiarità di richiedere qualcosa di più al reo rispetto a quanto previsto dalla disciplina civilistica: delle "prestazioni personalissime"³⁰⁷, uno sforzo od una rinuncia di carattere personale con lo scopo di favorire la sua

³⁰² I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29; D. RÖSSNER, J. KEMPFER, § 46a StGB, cit., 490. D. FONDA-ROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 419, 457.

³⁰³ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 205, ricorda che le mediazioni, almeno fino al 2003, vengono attivate soprattutto in forza dei §§ 153 e 153a StPO. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 9, sottolinea come, dopo un'applicazione iniziale prevalentemente orientata al diritto penale minorile, i casi di mediazione si siano estesi in egual misura anche nell'ambito dei reati commessi da adulti.

³⁰⁴ Il dato è rinvenibile in H.J. KERNER, A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2005, 18 ss., a seguito di un'indagine condotta su scala nazionale, tra il 1993 ed il 2002, per conto del Ministero della Giustizia.

³⁰⁵ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation*, cit., 133, 136; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 210. H.J. KERNER, A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, cit., 32, indica, oltre alle lesioni (che rappresentano più della metà dei casi mediati), reati contro il patrimonio (furti, danneggiamenti).

³⁰⁶ La percentuale è compresa, nell'arco di tempo considerato, tra il 70% e l'85%. H.J. KERNER, A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, cit., 100.

³⁰⁷ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866.

responsabilizzazione e di evitare la monetizzazione della giustizia penale³⁰⁸.

Ci si può chiedere se questa precisazione sia sufficiente rispetto al nobile scopo perseguito. Il § 4 *AE-WGM*, infatti, con una formulazione più attenta ad una valorizzazione espressa delle finalità della pena, anche se capace di suscitare problemi applicativi, imponeva al giudice di considerare se sussistessero esigenze specialpreventive o generalpreventive contrarie alla rinuncia alla pena, prima di concederla (“sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull’autore o sulla collettività”)³⁰⁹, ma non mancano interpretazioni che, pur senza supporto normativo, richiedono comunque di tenere presenti le medesime anche oggi nella valutazione giudiziale³¹⁰.

In ogni caso, sul piano pratico, il risarcimento operato da parte dell’assicurazione non è considerato sufficiente per l’operatività della norma, essendo necessario che l’autore sia gravato di oneri personali³¹¹, mentre vengono valutati positivamente impegni, come prestazioni lavorative, e sacrifici, quali la rinuncia ad una vacanza programmata³¹². In ipotesi di responsabilità civile solidale è considerato favorevolmente un risarcimento parziale, ma non è possibile avvantaggiarsi solo degli sforzi posti in essere dai condebitori³¹³.

³⁰⁸ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 60; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 256. La giurisprudenza afferma questo principio in modo costante, evidenziando che non è sufficiente il mero equivalente economico (BGH, Beschl. v. 25.7.1995, in *StV*, 1995, 584) e che i comportamenti posti in essere dall’autore del fatto devono esprimere un’assunzione di responsabilità nei confronti della vittima (BGH, Urt. v. 18.11.1999, in *NStZ*, 2000, 205).

³⁰⁹ AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit., 2. Si sofferma, nell’analisi, sulla problematica del rapporto tra i fini della pena H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864 s.

³¹⁰ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 467.

³¹¹ D. RÖSSNER, J. KEMPFER, § 46a *StGB*, cit., 489; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 256. Cfr. BGH, Beschl. v. 19.10.1999, in *NStZ*, 2000, 83. Per una riflessione generale su questa problematica cfr. comunque D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 416 ss.

³¹² D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 461; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s.

³¹³ BGH, Beschl. v. 17.12.2008, in *NStZ-RR*, 2009, 133; BGH, Beschl. v. 20.1.2010, in *NStZ-RR*, 2010, 147.

A differenza di quanto richiesto dal n. 1, il semplice impegno ad eseguire una prestazione non può considerarsi esaustivo: sulle orme di quanto già affermato dalla dottrina, la giurisprudenza ha ribadito la necessità dell'esecuzione di quanto promesso per poter godere dei benefici di cui al § 46a n. 2³¹⁴.

Appare significativa, invece, una recente sentenza, in cui si è riconosciuto sufficiente, per l'applicazione della norma (anche ai fini di una rinuncia alla pena), un risarcimento pari a meno della metà del danno complessivamente cagionato, alla luce del fatto che la vittima aveva integralmente esonerato il reo dalla residua responsabilità civile. Anche se non emergono approfondimenti circa un eventuale processo comunicativo instaurato tra le parti, è chiaro che questa lettura risente profondamente dello spirito che anima il primo gruppo di ipotesi di cui al paragrafo in esame³¹⁵. Se vi sono più persone offese, naturalmente, è necessario che il § 46a sia integrato nei confronti di ciascuna di esse, in una delle sue ipotesi alternative³¹⁶.

La norma di cui si discute non esclude esplicitamente alcuna categoria di reati dal suo campo applicativo, con il favore di molti autori tedeschi³¹⁷. Una parte della dottrina individua, tuttavia, alcune preclusioni oggettive che limiterebbero di fatto l'efficacia estintiva o di circostanza attenuante della mediazione/riparazione: essa non potrebbe essere mai

³¹⁴ OLG Bamberg, Urt. v. 19.9.2006, cit., 37; BGH, Beschl. v. 13.4.1999, in *NStZ*, 1999, 454. Cfr. C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374.

³¹⁵ BGH, Urt. v. 11.2.2009, in *StV*, 2009, 409.

³¹⁶ BGH, Urt. v. 11.9.2013, in *StV*, 2014, 480. Cfr. altresì T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 427.

³¹⁷ Oltre al già citato C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374; M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4189; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 427; S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, cit., 117; F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 128. Senza esprimere valutazioni, J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 55, e K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 359, rilevano come non si possano escludere *a priori* nemmeno i crimini (*Verbrechen*).

invocata, secondo taluno, in mancanza di vittime individuali³¹⁸, o, secondo altri, di vittime “determinate”, anche se persone giuridiche³¹⁹. Diversi autori, invece, sulla scorta di quanto afferma, anche se non sempre in modo cristallino, la giurisprudenza, distinguono le ipotesi di cui al n. 1 da quelle di cui al n. 2. Se le prime sarebbero del tutto incompatibili, vista la necessità di un processo dialogico, con reati che sono privi di una vittima “in carne ed ossa” – e si dovrebbero quindi escludere anche le vittime – persone giuridiche – le seconde non conoscerebbero affatto dei limiti applicativi, potendo la riparazione dei danni essere rivolta anche ad una persona giuridica o all’intera collettività³²⁰. Altri, infine, anche con riferimento alle ipotesi di cui al n. 1, la-

³¹⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 209; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 255, la quale ritiene che sia dubbia la possibilità di applicare il § 46a ai reati in cui la vittima sia una persona giuridica. Mannozzi (a pagg. 221 s.) invece rileva come, in Austria, il 4% di tutte le vittime che entrano in mediazione per reati commessi dagli adulti sono persone giuridiche. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s. parla di necessità di una “vittima tangibile”.

³¹⁹ K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 359, evidenziano come l’opinione prevalente sia quella di escludere i reati “senza vittima”. Con riferimento alle persone giuridiche, questo sembra essere anche l’orientamento di A. NISCO, *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, cit., 787, il quale richiama la sentenza BGH, Urt. v. 18.11.1999, cit., 205, che riconosce applicabile il § 46a StGB in ipotesi di persone giuridiche come vittime, riferendosi tuttavia al n. 2.

³²⁰ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 30 ss.; C. MORGENSTERN, “*Diversions*” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco, cit., 101. In questo senso, almeno per il secondo profilo, cfr. BGH, Beschl. v. 25.10.2000, in *NStZ*, 2001, 200f, che ha escluso, in tema di reati fiscali, l’applicabilità del n. 1 – non essendo possibile l’instaurazione di un processo comunicativo – ma ha lasciato aperte le porte del n. 2 (ha però escluso anche il n. 2, mancando, nel caso in esame, delle prestazioni personali, BGH, Beschl. v. 20.1.2010, cit., 147) F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 128 evidenzia come la mediazione richieda che la vittima sia stata personalmente danneggiata. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 463 s. evidenzia come rimanga aperta la questione relativa ai reati di pericolo ed al delitto tentato. Nella giurisprudenza tedesca, si deve comunque segnalare che si è applicata la norma in esame anche in un caso di tentato omicidio posto in essere da soggetto semi-imputabile (BGH, Beschl. v. 12.7.2000, in *StV*, 2001, 230).

sciano problematicamente aperta la questione in ipotesi di persone giuridiche-vittime o di reati che, come la resistenza ad un pubblico ufficiale *ex* § 113 StGB, offendono un interesse privato, anche se solo in via secondaria³²¹. La questione è effettivamente molto delicata e non univocamente risolta.

2.3. *La giustizia riparativa in Spagna*

2.3.1. *La mediazione penale nell'esperienza spagnola: inquadramento normativo*

Fino al 2015, la mediazione penale, in Spagna, aveva ottenuto un riconoscimento normativo con la Legge (*Ley Organica* 5/2000) del 12 gennaio 2000 – dopo una prima apertura a forme di riparazione in funzione diversiva già con la legge n. 4/1992 – esclusivamente in ambito minorile, con la previsione di un temperamento al principio di legalità processuale per le ipotesi di raggiungimento di un accordo tra la vittima e l'offensore³²².

Per quanto riguarda la giustizia degli adulti – nonostante la diffidenza o prigrizia del legislatore nazionale³²³ – alcune iniziative sperimentali in materia sono state promosse in forza di norme che indirettamente ne hanno potuto valorizzare gli esiti, in seguito soprattutto alle sollecitazioni che sono venute dai citati documenti sovranazionali ed in particolare dall'art. 10 della Decisione quadro del 2001, sulla posizione del-

³²¹ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 212; W. STREE, J. KINZIG, § 46a StGB, cit., 823.

³²² D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 56; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 40 s.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, 226.

³²³ In questi termini si esprime L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di "restorative justice" in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1948.

la vittima nel processo penale, che tuttavia la Spagna non ha mai normativamente implementato³²⁴.

Già prima delle più recenti riforme, la mediazione penale, scoperta in forza di iniziative provenienti dal basso, ha trovato quindi alcuni canali di ingresso nel sistema spagnolo, anche se indubbiamente non può dirsi affermata su larga scala, soprattutto in conseguenza della vigenza, in tale ordinamento, almeno fino a tempi recentissimi, di un rigido principio di obbligatorietà dell'azione penale³²⁵.

È questa, infatti, l'opinione di molti autori, che ritengono indispensabile intervenire sulla legge processuale, se non addirittura previamente a livello costituzionale (art. 124 Cost.)³²⁶, introducendo dei temperamenti alla rigidità del principio, prima di poter aprire realmente le porte a forme di giustizia riparativa³²⁷.

I progetti di riforma si sono susseguiti nel tempo. Il dibattito su una possibile revisione in senso più accusatorio del sistema processuale spagnolo, che allo stato presenta ancora tratti inquisitori, con un ripensamento, moderato, del principio di obbligatorietà, si è aperto già a partire dalla metà degli anni Ottanta e, nel 2004, il Governo spagnolo ha giustificato la mancata implementazione della Decisione quadro in tema di giustizia riparativa proprio con il fatto che il tema avrebbe dovuto essere trattato in sede di revisione della legge processuale.

Le proposte più articolate non sono ancora divenute legge, ma nei progetti più recenti di nuovo codice – uno dei quali, risalente al 2013

³²⁴ J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2010, IV, n. 3, 144.

³²⁵ Cfr. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1755; F. GASCÓN INCHAUSTI, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *Criminal Procedure in Spain*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, cit., 558 s.

³²⁶ L'articolo in questione impone al pubblico ministero di promuovere l'azione della giustizia in difesa della legalità, dei diritti dei cittadini e dell'interesse pubblico tutelato dalla legge, d'ufficio o su istanza degli interessati.

³²⁷ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 46 s.; M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, in *Revista Electrónica de Derecho (REDUR 9)*, dic. 2011, 139 s.; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007, 196.

(artt. 143-146) – si prevede l'evoluzione verso un principio di opportunità "regolamentata" dell'azione penale e si riconosce normativamente la mediazione penale, con effetti diversificati (dall'archiviazione del procedimento per ragioni di opportunità, alla sospensione della condanna, all'attenuazione della sanzione, fino all'irrelevanza processuale se non si raggiunge l'accordo) proprio in questo contesto³²⁸.

Anche all'esterno di questi progetti di riforma più ambiziosi, però, la *restorative justice* ha iniziato a fare capolino nell'ordinamento spagno-

³²⁸ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 61; M. INGENITO, *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale spagnolo: un revirement garantista*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 354 ss.; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 144; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, II ed., Madrid, Editorial COLEX, 2008, 96. Cfr. anche L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 44 s. e L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1756. La Proposta di riforma del 2013 (consultabile sul sito <http://www.mjusticia.gob.es>) è stata elaborata in seno ad una Commissione istituzionale creata nel 2012, su iniziativa governativa, ed è stata presentata al Ministero della Giustizia il 25 febbraio 2013. Un precedente progetto di nuovo codice, sempre di iniziativa governativa, era stato invece approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 luglio 2011, ma la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati della legislatura 2008-2012 non aveva potuto esaminarlo a causa dell'indizione di elezioni anticipate. Cfr. J.B. LADRÓN DE GUEVARA, *La riforma del processo penale spagnolo nel progetto di codice di procedura penale del 27 luglio 2011*, in *Cass. pen.*, 2013, 1672 ss. Come ricordano C. VIDALES RODRÍGUEZ, A. PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la valoración del Estatuto de la víctima del delito*, in *Revista Derecho y Proceso Penal*, Julio-Septiembre 2015, 218 s., un piccolo passo avanti in questo senso è stato fatto con la *Ley Organica* 1/2015, del 30 marzo 2015, che ha introdotto l'art. 963 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ma solo per alcuni delitti di lievissima entità (definiti "lievi" dal nuovo art. 13 c.p., in base alla pena inflitta), quali le lesioni, le percosse, i furti, le ingiurie e le minacce, permettendo al giudice, su richiesta del pubblico ministero, di archiviare il procedimento se il fatto è di particolare tenuità (in considerazione della natura del fatto, delle circostanze e della personalità dell'autore) e non esiste un interesse pubblico rilevante alla prosecuzione del giudizio. L'istituto ricorda – anche se è limitato nell'applicazione ad alcuni reati soltanto – il nuovo istituto italiano della "particolare tenuità del fatto" (art. 131-bis c.p.), con l'assoluta peculiarità spagnola che, qualora si tratti di delitti lievi contro il patrimonio sono pur sempre necessarie la riparazione del danno e la mancanza di denuncia da parte dell'offeso (in difetto, dovrà considerarsi sussistente l'interesse pubblico a perseguire il reato).

lo. Con la legge di attuazione della Direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime (*Ley 4/2015*, del 27 aprile 2015) la Spagna ha inteso delineare un vero e proprio Statuto della vittima di reato, comprensivo anche di alcuni principi e tutele da garantire nell'ambito di (non meglio definiti) servizi di giustizia riparativa, ai quali le vittime potranno accedere per ottenere un'adeguata riparazione morale e materiale³²⁹.

Grazie ad un Decreto del dicembre 2015, emanato in attuazione della legge 4/2015, l'accesso ai servizi dovrebbe essere favorito oggi dalle *Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*, strutture pubbliche create proprio per garantire alle vittime di reato una tutela ampia ed effettiva dei propri diritti³³⁰. Tra le diverse funzioni da esse esercitate vi è quella di informare le vittime sulle diverse misure di giustizia riparativa disponibili e di proporre all'autorità giudiziaria la mediazione penale, quando la considerano vantaggiosa per la vittima, supportando i servizi di mediazione³³¹.

³²⁹ La legge è consultabile sul sito <http://www.mjusticia.gob.es>. L'art. 15 riproduce, nella sostanza, i principi fondamentali espressi dall'art. 12 della Direttiva (riconoscimento dei fatti principali, consenso, informazione, protezione dai rischi di vittimizzazione secondaria e dai rischi per la sicurezza della vittima, riservatezza) salvo ribadire che la procedura riparativa non potrà essere attivata nei casi espressamente vietati dalla legge. Una certa confusione terminologica del legislatore spagnolo – peraltro indotta dallo stesso legislatore europeo, che, come abbiamo visto, ha offerto nella Direttiva una definizione di giustizia riparativa in gran parte sovrapponibile a quella di mediazione penale – si coglie nei punti dell'art. 15 lettere d) ed e) in cui, improvvisamente, ci si riferisce proprio alla mediazione penale e non più, in generale, alla *restorative justice*. Cfr. L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di "restorative justice"*, cit., 1950.

³³⁰ Cfr. *Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*, consultabile in https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14263. Queste strutture già esistevano a partire dal 1995, per i delitti violenti e contro la libertà sessuale, ma sono state implementate e disciplinate proprio per dare attuazione alla Direttiva del 2012, assicurando alle vittime una piena tutela dei diritti riconosciuti a livello europeo.

³³¹ Cfr. art. 37 *Decreto 1109/2015*: "*Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa*. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa: a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa. b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima. c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial".

Come si può comprendere anche dal Preambolo alla legge 4/2015 (par. VI), almeno negli intenti, si vorrebbe abbandonare il riferimento tradizionale alla sola mediazione penale³³².

La vera preoccupazione del legislatore spagnolo è tuttavia quella di proteggere la persona offesa dal reato. La “disuguaglianza morale” esistente tra la vittima ed il reo, sulla quale egli si sofferma nel Preambolo, testimonia la sua fatica ad aprirsi pienamente alle prospettive della giustizia riparativa, la quale “non ha certamente, tra i suoi punti di partenza, la necessaria differenziazione morale tra vittima e reo, quanto piuttosto la loro terribile e allo stesso tempo necessaria complementarietà”³³³.

La recente legge di riforma del codice penale (*Ley Orgánica* 1/2015, del 30 marzo 2015), poi, finalmente menziona la mediazione penale (o, più precisamente, come si legge all’art. 84 c.p., “l’adempimento dell’accordo raggiunto dalle parti grazie ad una procedura di mediazione”) tra le condizioni che possono essere imposte dal giudice per ottenere una delle forme di sospensione dell’esecuzione della pena privativa della libertà³³⁴. Per la nuova, eccezionale, ipotesi di sospensione con sostituzione della pena in sanzione pecuniaria o lavori di pubblica utilità, ex art. 80.3 c.p., in caso di delinquenti non primari o quando la

³³² In realtà, come evidenziato nelle precedenti note, la sensazione che si avverte chiara è quella che il legislatore spagnolo – così come quello portoghese, del resto, che nella legge 21 del 2007 si è preoccupato unicamente di disciplinare la mediazione penale – si sia mosso con prudenza, scegliendo, tra i programmi riparativi in astratto disponibili, solo quello della mediazione: L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di “restorative justice”*, cit., 1950.

³³³ L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di “restorative justice”*, cit., 1955 s. L’Autrice si chiede infatti, su queste basi, quali potranno essere gli strumenti normativi concreti che il legislatore spagnolo potrà mettere a disposizione dei mediatori e delle parti per consentire loro di provare effettivamente a ricucire la frattura provocata dal fatto illecito, nel frattempo mantenendo intatta questa differenziazione gerarchica.

³³⁴ C. VIDALES RODRÍGUEZ, A. PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal*, cit., 209; R. GARCÍA ALBERO, *La suspensión de la ejecución de las penas*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, 163. La riforma, con il testo consolidato del codice penale, è consultabile sempre sul sito <http://www.mjusticia.gob.es>. G. QUINTERO OLIVARES, *La riforma penale del 2015. Uno sguardo panoramico*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2015, n. 1, 17, parla di “ingresso formale della mediazione” nel sistema penale spagnolo.

somma delle pene supera il limite dei due anni, l'esecuzione dell'accordo raggiunto costituisce un'alternativa al risarcimento del danno vero e proprio, a cui la sospensione è sempre subordinata³³⁵.

In assenza di una riforma processuale che consenta di valorizzare con ancor maggior compiutezza la giustizia riparativa, le prospettive che si aprono per processi ed esiti ad essa riconducibili rimangono tutte da valutare³³⁶, soprattutto per le fasi che precedono l'irrogazione della pena, ma le evoluzioni normative intervenute potrebbero permettere di ampliare l'ambito applicativo di pratiche – soprattutto locali – che, nel tempo, sono state promosse e valorizzate in Spagna solo grazie a norme che non le riconoscevano espressamente.

Con riferimento infatti al quadro normativo già vigente (ma che in gran parte non è stato modificato, per questi profili, dalla pur corposa riforma che ha da poco investito il codice penale), è necessario innanzitutto evidenziare come il diritto spagnolo distingua tra reati pubblici, semi-pubblici e privati.

I primi sono procedibili d'ufficio. Gli ultimi sono procedibili solo a seguito di una querela, che ha la natura di un'azione penale privata, senza partecipazione del pubblico ministero; essi sono caratterizzati dal fatto che il perdono dell'offeso (art. 215 c.p.)³³⁷ o comunque la rinuncia all'azione da parte del privato impediscono la prosecuzione del giudizio³³⁸. I semi-pubblici, invece, formano una categoria non omogenea,

³³⁵ P. FARALDO CABANA, *Modifiche nel sistema delle sanzioni nella riforma penale spagnola del 2015*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2015, n. 1, 58.

³³⁶ C. VIDALES RODRÍGUEZ, A. PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal*, cit., 213.

³³⁷ Come anticipato, e come rileva J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 59 s., se nella legge processuale si distingue, ancorché non sempre chiaramente (S. OROMÍ I VALL-LLOVERA, *La definizione di vittima nel sistema spagnolo*, in T. ARMENTA DEU, L. LUPARIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano, Giuffrè, 4 s.), tra *persona ofendida e perjudicado*, nel codice penale si tende ad utilizzare, indistintamente, il termine *victima* (art. 21 c.p.), da identificarsi, in forza del disposto dell'art. 113 c.p., con il soggetto che ha subito danni morali o materiali causati (direttamente, secondo la giurisprudenza) dal reato. In dottrina, tuttavia, si rinviene la nozione di *sujeto pasivo del delito* (G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, cit., 102).

³³⁸ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 167.

dalla natura ibrida: il pubblico ministero interviene ed il perdono può rilevare solo in alcuni casi, ma una sorta di denuncia della vittima all'autorità è normalmente necessaria per poter dar corso al procedimento³³⁹.

La categoria dei reati privati è ristretta, poiché vi rientrano solo la calunnia ed i reati di ingiuria/diffamazione a danno di privati (considerati tutti delitti contro l'onore)³⁴⁰. Lo spazio per una mediazione in questo contesto è tuttavia indubbiamente molto ampio, tanto che preliminarmente alla presentazione della querela è richiesto dalla legge processuale – non troppo diversamente da quanto abbiamo visto nel diritto tedesco, per l'esercizio dell'azione privata – un tentativo di conciliazione obbligatorio, davanti, però, ad un giudice civile (art. 804 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

Quanto ai reati semi-pubblici, originariamente la vittima aveva un ruolo fondamentale, condizionando sempre l'inizio e la conclusione del procedimento penale. A partire dal 1983, invece, il quadro è progressivamente mutato, con l'introduzione di regimi diversificati. Si possono così distinguere illeciti penali con un diverso grado di rilevanza pubblicistica: reati (esclusivamente contro la libertà sessuale) in cui, se lo richiedono gli interessi legittimi in gioco, il pubblico ministero può mettere in moto il procedimento anche senza la denuncia del privato offeso ed il perdono non estingue la responsabilità penale (art. 191 c.p.); reati (come la procreazione assistita senza il consenso della donna, art. 161 c.p., o i reati societari, art. 296 c.p.) che di regola richiedono la denuncia privata ed il perdono non rileva; reati (come il danneggiamento colposo per un valore superiore ad 80.000 Euro, art. 267 c.p., i reati contro la privacy o in materia di violazione e rivelazione di segreti, art. 201 c.p.) in cui la denuncia della vittima è necessaria per l'attivazione del procedimento ma il perdono estingue la responsabilità; reati (calunnia

³³⁹ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 133 ss.

³⁴⁰ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 162 ss. Come ben rileva l'autore, peraltro, anche se riferendosi al codice ormai superato, la fattispecie di calunnia contemplata dal diritto spagnolo è ben diversa dalla solo apparentemente corrispondente fattispecie italiana, in quanto quella spagnola è configurata come falsa attribuzione di un delitto (non è necessario che avvenga in una determinata forma, né che sia diretta all'autorità).

od ingiuria contro una pubblica autorità o un pubblico agente, art. 215.1 e 215.3 c.p.) in cui la denuncia non è necessaria, ma comunque il perdono rileva ed, infine, reati prossimi alla categoria dei privati (alcune contravvenzioni, come minacce ed ingiurie di carattere lieve, art. 620 c.p., o lesioni colpose minori, art. 621 c.p.)³⁴¹ caratterizzati, oltre che dalla necessità di una denuncia privata e dalla possibilità di definire il procedimento mediante il perdono dell'offeso, dal fatto che il pubblico ministero può addirittura decidere di non intervenire³⁴².

In questo variegato contesto, la mediazione penale ha trovato un proprio spazio, come strumento idoneo, in ipotesi di raggiungimento di un accordo reciprocamente soddisfacente, ad impedire la presentazione di una denuncia da parte dell'offeso o a condizionare la scelta del pubblico ministero nella ponderazione degli interessi in gioco (in materia di reati contro la libertà sessuale) oppure, ancora, laddove rilevante, a favorire la definizione del procedimento a seguito del perdono³⁴³.

Per i reati pubblici – che rappresentano la gran parte degli illeciti penali e comunque, in generale, per tutti i reati – lo spazio per tener conto della mediazione penale è stato trovato altrove, anche se con effetti meno dirimpenti.

Il pubblico ministero, nel processo penale spagnolo, ha l'obbligo di esercitare l'azione civile contestualmente a quella penale, a prescindere da una richiesta dell'interessato – principio che si applica invece nel diritto civile – a meno che il danneggiato non vi rinunci o si riservi espressamente il diritto di richiedere, in seguito, il risarcimento in sede civile (art. 108 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*)³⁴⁴. Così, normalmente,

³⁴¹ Tutte le contravvenzioni sono state tuttavia abrogate con la riforma del codice intervenuta nel 2015 (*Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo 2015*).

³⁴² L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 134. Cfr. altresì M.E. CATALDO, *Il procedimento penale davanti al giudice di pace in Spagna*, in *Indice pen.*, 2001, 926.

³⁴³ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 75 ss.; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, in R. SÁEZ VALCÁRCCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 98.

³⁴⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *Criminal Procedure in Spain*, cit., 609; L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 215, 233.

quando il danno sussiste ed è riparabile (art. 116.1 c.p.), alla condanna penale si accompagna il riconoscimento dell'esistenza della responsabilità civile, con la quantificazione del dovuto, contestuale o rinviata al momento dell'esecuzione.

La dottrina spagnola maggioritaria nega, però, che vi sia una relazione così significativa tra la riparazione del danno ed i fini della pena, da consentire di prescindere da questa in ipotesi di condotte riparatorie³⁴⁵. La riparazione, infatti, integra solo una circostanza attenuante comune (art. 21.5⁰ c.p.) – soprattutto “fondata su ragioni di politica criminale orientate alla protezione delle vittime”³⁴⁶ – per le ipotesi in cui il colpevole abbia riparato il danno alla vittima o ne abbia diminuito gli effetti, in qualsiasi momento del procedimento purché prima dell'inizio del “giudizio orale”³⁴⁷. Tale riparazione, anche se non integrale, deve provenire personalmente dall'autore del fatto³⁴⁸ e deve potersi

³⁴⁵ M.C. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, cit., 245 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, cit., 655 ss.; J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal*, Barcelona, Funcació Jaume Callís, 1994, 179 ss. Cfr., però, in senso contrario, con chiari influssi della dottrina tedesca, G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, cit., 361 ss.

³⁴⁶ B.J. FEJOO SÁNCHEZ, *Atenuantes*, in J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica Jurisprudencial del Código Penal: Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, Madrid, Bosch, 2006, 121. Cfr. altresì P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 294.

³⁴⁷ È questa la fase “dibattimentale” del procedimento penale, dopo quella preliminare (indagini) ed intermedia (con cui si chiude la fase delle indagini). Cfr. S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 136. Per il vero, esiste un'attenuante di chiusura costruita in via “analogica”, volta a ricomprendere tutte le circostanze che presentino un significato analogo a quelle indicate tassativamente (art. 21.7⁰ c.p.), che consentirebbe – in ipotesi di riparazione tardiva – di riconoscere comunque una riduzione di pena: C. VIDALES RODRÍGUEZ, A. PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal*, cit., 206 s.

³⁴⁸ La giurisprudenza ha escluso, anche di recente, che possa rilevare il risarcimento eseguito dalla Compagnia Assicuratrice: Tribunale Supremo, 9118/2011, del 27 dicembre, in <http://www.poderjudicial.es>.

qualificare come rilevante o significativa³⁴⁹. Non sono escluse, secondo la maggior parte della dottrina, le prestazioni simboliche³⁵⁰.

Grazie a questo articolo, così, insieme ad altre attenuanti disciplinate nella parte speciale³⁵¹, la mediazione, concretizzatasi – anche in caso di mancato accordo – in una riparazione del danno, può giustificare un’attenuazione di pena ed è stata, almeno indirettamente, valorizzata³⁵².

Anche prima della più recente riforma sopra citata, possiamo infine ricordare che era stato riconosciuto alla mediazione, finalizzata alla riparazione, un ruolo, pur limitato, nell’ottenere la sospensione (art. 81.3^a c.p., nella precedente formulazione) e la sostituzione (art. 88.1 c.p., oggi abrogato) della pena privativa della libertà³⁵³, nonché nell’accedere a

³⁴⁹ J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 98, nt. 53.

³⁵⁰ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 182. In questo senso sembrerebbe essersi espressa anche la giurisprudenza spagnola: cfr. sentenze del Tribunale Supremo, 216/2001, del 19 febbraio e 794/2002 del 30 aprile, in B.J. FEJOO SÁNCHEZ, *Atenuantes*, cit., 122. *Contra*, però, J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 87, 109, 113, citando la sentenza del Tribunale Supremo n. 1006/2006 del 20 ottobre, che peraltro ha anche escluso che l’attenuante possa applicarsi in ipotesi di mera partecipazione ad un programma di mediazione, senza alcuna, concreta, attività di riparazione.

³⁵¹ Cfr. in particolare, in materia di reati urbanistici, ambientali o contro la protezione del patrimonio storico, l’art. 340 c.p.

³⁵² Cfr. J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 68, che sottolinea anche i problemi interpretativi posti dall’art. 340 c.p., che premia, con l’attenuazione di pena, la volontaria riparazione del danno causato in una serie di reati in cui è difficile rinvenire una vittima in senso stretto. Vedi altresì J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 159; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 41; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 98; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación*, cit., 100; J.F. HERRERO PEREZAGUA, *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, 37 s., che pure si sofferma sulla differenza esistente tra l’accordo di mediazione ed una vera e propria riparazione, per sottolineare come non vi sia alcun automatismo nel riconoscimento dell’attenuante, in ipotesi di accordo.

³⁵³ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 137 s.; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 99; J.L. MANZANARES SAMANIEGO,

determinati benefici penitenziari (come la *libertad condicional*)³⁵⁴.

Nella situazione descritta – fino al 2015 sostanzialmente stagnante sul piano normativo ed ancora in attesa di una riforma processuale di ampia portata, che consenta di investire con maggior decisione sulla *restorative justice* – è comunque significativo notare come il legislatore spagnolo si sia ricordato della giustizia riparativa, innanzitutto, per limitarne l’ambito applicativo.

Con una legge del 2004 (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre*), infatti, prendendo atto dell’esistenza in Spagna di pratiche di mediazione, è stato vietato il ricorso alla procedura mediativa in ipotesi di violenza contro le donne (per tutti i casi attribuiti alla competenza del neoistituito “giudice della violenza sulle donne”)³⁵⁵. Si discute vivacemente sull’effettiva portata applicativa di questa criticata disposizione³⁵⁶ e le preoccupazioni che hanno animato l’intervento non sono in sé irrilevanti, ma se, come sembra, non si può escludere un’ampia inter-

Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, cit., 72 ss.; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 294 s. In forza dell’art. 81 c.p., infatti, la soddisfazione delle obbligazioni civili nascenti dal reato era condizione necessaria per ottenere la sospensione (a meno che non fosse stata giudizialmente dichiarata l’impossibilità, totale o parziale, del condannato di farvi fronte). Lo sforzo per la riparazione del danno, invece, veniva considerato, in forza dell’art. 88 c.p., ai fini della sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria e/o lavori di pubblica utilità.

³⁵⁴ C. VIDALES RODRÍGUEZ, A. PLANCHADELL GARGALLO, *La mediación penal*, cit., 208.

³⁵⁵ Cfr. M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in E. URSO (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo*, Firenze, Firenze University Press, 2013, 305, la quale si sofferma sulla definizione di violenza di genere offerta dall’art. 1 della legge: “l’esercizio della violenza contro le donne da parte di coloro che sono o sono stati i loro coniugi o di chi sia stato legato a loro da simili relazioni affettive”.

³⁵⁶ In particolare, se si possa pensare ad una sua applicazione limitata solo all’ambito civile o effettivamente anche a quello penale, dove la mediazione, al momento della riforma, era riconosciuta a livello normativo unicamente per i minori: cfr. J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 107; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 301; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 127.

pretazione del divieto, non si capisce perché, una volta che per lungo tempo si è deciso di lasciare agli attori sociali ogni iniziativa in materia, rinunciando comunque ad una disciplina unitaria, non si possa almeno evitare di introdurre limitazioni aprioristiche e confidare invece nella capacità dei professionisti di valutare, con adeguata ponderazione, caso per caso, gli squilibri di potere, le debolezze e gli interessi in gioco³⁵⁷. Anche all'interno dei conflitti di coppia, come è stato rilevato, la mediazione può rappresentare una valida modalità di risoluzione del contrasto insorto, funzionale al raggiungimento di una decisione condivisa³⁵⁸.

L'atteso pronunciamento della Corte di giustizia UE, su possibili violazioni del diritto europeo integrate dal divieto, non ha tuttavia dato gli esiti sperati. Come abbiamo già illustrato, infatti, nella sentenza *Gueye e Salmerón Sánchez* del settembre 2011, la Corte, proprio sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo con riferimento a tale disciplina, ha ribadito che gli Stati membri hanno un ampio margine di apprezzamento e possono escludere dalla procedura mediativa determinati reati, tenuto conto della loro particolare natura³⁵⁹.

Ad ulteriore conferma di questa convinta esclusione, l'art. 15 del recente Statuto della vittima (*Ley 4/2015*) prevede espressamente che

³⁵⁷ Cfr. sul punto C. ESTIRADO DE CABO, *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 213; C. ALONSO SALGADO, C. TORRADO TARRÍO, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?*, in R. CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, 602 ss.

³⁵⁸ M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *La mediación è ammissibile in caso di violenza nella coppia?*, cit., 302. Per un'analisi approfondita della problematica cfr. A. HAYDEN, *Reflections on Family Violence and Restorative Justice: Addressing the Critique*, in A. HAYDEN, L. GELSTHORPE, V. KINGI, A. MORRIS (ed. by), *A Restorative Approach to Family Violence*, Farnham, Ashgate, 2014, 211 ss.

³⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia UE (Quarta Sezione) del 15 settembre 2011, relativa alle Cause riunite C-483/09 e C-1/10, procedimento penale a carico di Magatte Gueye e Valentín Salmerón Sánchez (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Audiencia provincial de Tarragona - Spagna), già citata.

l'accesso ai servizi di giustizia riparativa, da parte di coloro che hanno subito un reato, avvenga unicamente per gli illeciti penali per i quali esso non è proibito dalla legge.

2.3.2. *Le pratiche riparative nelle pieghe del sistema penale spagnolo*

Pur nel quadro normativo descritto, che non ha contribuito certo ad una crescita rigogliosa delle pratiche riparative, si sono sviluppate in Spagna, come anticipato, alcune esperienze significative, su base prevalentemente regionale, che devono essere, anche se brevemente, menzionate.

In ordine cronologico, la prima sperimentazione di mediazione nel campo degli adulti risale al 1993 e si è svolta a Valencia, grazie ad un accordo stipulato tra l'autorità giudiziaria ed un servizio pubblico, locale, rivolto alla protezione degli interessi delle vittime; il fondamento normativo di tale procedura veniva ravvisato proprio nella già citata possibilità di perdono, da parte dell'offeso, in talune ipotesi o comunque nella facoltà di attenuare la pena o di sostituirla, in ipotesi di incontro conclusosi positivamente, con una riparazione³⁶⁰.

La realtà spagnola che ha tuttavia il significato più importante in tema di giustizia riparativa, anche per la sua durata e continua vigenza, è quella sviluppatasi in Catalogna: a partire dal 1990 per quanto riguardo l'ambito minorile ed estesa agli adulti dal 1998³⁶¹. Tale Comunità Autonoma, infatti, ha finanziato i primi programmi in materia, in ciò agevolata da alcune competenze riconosciute dallo Statuto, oltre che nel

³⁶⁰ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 182 s.; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 230 s.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 42; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007, 329.

³⁶¹ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 17526; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación*, cit., 92; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145 s.; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 183; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., 325.

settore della giustizia minorile, anche con riferimento alle procedure di conciliazione e mediazione (non espressamente penale), al sistema penitenziario e, più in generale, all'amministrazione della giustizia³⁶².

Ulteriori, isolate, esperienze sono nate e si sono tempestivamente concluse – a causa di problemi in gran parte organizzativi e di divergenze, nell'interpretazione delle norme, tra mediatori, pubblici ministeri e giudici – a Vitoria, a La Rioja e a Madrid³⁶³. Le sorti di tali sperimentazioni hanno cominciato a mutare solo di recente, soprattutto a partire dal 2008, da quando il *Consejo General del Poder Judicial*, organo costituzionale che esercita funzioni di governo del potere giudiziario, tenendo conto delle indicazioni sovranazionali, ha elaborato un piano di modernizzazione della giustizia che riconosce alla mediazione un ruolo rilevante, unitamente a diversi altri obiettivi di riforma, iniziando a sostenere alcuni progetti-pilota, con la stipula di protocolli attuativi, ed a coordinare dal centro molte iniziative locali, che sono state ulteriormente sollecitate, con esiti soddisfacenti, in diverse parti del Paese³⁶⁴.

³⁶² C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 39 ss. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 153. I casi inviati in mediazione in Catalogna, per il settore degli adulti, non hanno comunque superato, nel 2007, il numero di 800.

³⁶³ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 187 ss.; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., 331 ss.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 42 s.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 231 s.

³⁶⁴ Per le informazioni in materia cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>. Cfr. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145 ss. Il contributo (150 ss.) riporta alcuni dati statistici (anche se parziali, perché non riferiti a tutte le comunità), relativi all'anno 2009: l'accordo è stato raggiunto nell'80% dei casi in cui si è dato corso ad una procedura mediativa. Per la dettagliata analisi di un'esperienza di mediazione penale svoltasi a Madrid dal 2005 al 2008 cfr. E. PASCUAL RODRÍGUEZ, *La mediación en el sistema penal. Memoria para optar al grado de Doctor*, Universidad Complutense, Madrid, 2012, 343 ss., in <http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>.

Le prospettive concrete per il futuro della giustizia riparativa in Spagna non sono affatto chiare³⁶⁵. Non è secondario evidenziare, soprattutto nella contingenza attuale, come nel dibattito dottrinale concernente una possibile introduzione della mediazione si sia posto frequentemente l'accento, con preoccupazione, sulla necessità di pensare a significativi investimenti, anche economici, per potervi dare seriamente corso³⁶⁶. Le recenti sentenze della Corte di giustizia UE, che hanno di fatto escluso la natura strettamente precettiva dell'art. 10 della Decisione quadro del 2001, hanno poi rallentato il processo riformatore, almeno fino al 2015, quando si è imposta l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE.

Pur nella "vaghezza"³⁶⁷ di molte disposizioni – che hanno portato la dottrina a parlare dell'attuazione della Direttiva del 2012 come di "un'occasione mancata per aprirsi a nuove forme di approccio nei confronti della giustizia penale"³⁶⁸ – come evidenziato, non sono mancati quindi alcuni interventi di riforma, affiancati a proposte più significative, ma meno fortunate, di revisione del sistema processuale, elaborate grazie ad una dottrina sensibile, che si è soffermata a riflettere anche sulle garanzie (presunzione di non colpevolezza) che devono essere assicurate a chi partecipa ad una procedura mediativa³⁶⁹. Si è sottolineato³⁷⁰, ad esempio, come una legge in materia, che dovrebbe essere stata-

³⁶⁵ J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 159.

³⁶⁶ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 139.

³⁶⁷ G. QUINTERO OLIVARES, *La riforma penale del 2015. Uno sguardo panoramico*, cit., 18, utilizza questo termine per evidenziare come manchi del tutto una disciplina adeguata, volta a meglio articolare l'ingresso della mediazione e dei mediatori nel processo penale, con tempi precisi e condizioni definite circa i soggetti che mediano e circa il controllo sul contenuto degli accordi.

³⁶⁸ L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di "restorative justice"*, cit., 1949.

³⁶⁹ J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 101 ss.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 247 ss., 266 ss.

³⁷⁰ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 144 s. Per una proposta molto più ampia, quanto ai reati interessati, cfr. invece J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 106 ss., che propongono (pag. 142), tuttavia, per la rinuncia alla sanzione con definizione anticipata del procedimento, il limite di pena di un anno di detenzione. S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régi-*

le in forza del disposto dell'art. 149.1.6. della Costituzione³⁷¹, potrebbe sollecitare un ampio ricorso alla procedura mediativa, graduandone le conseguenze in caso di riuscita. Se, per i reati meno gravi, si potrebbe pensare ad una rinuncia alla pena, con definizione anticipata del procedimento, per quelli più gravi si dovrebbe consentire unicamente una sua attenuazione. Sul piano della tipologia dei reati coinvolti, la mediazione dovrebbe essere comunque esclusa in presenza di illeciti penali senza vittima (come i reati di pericolo), contro l'ente pubblico o contro la collettività.

2.4. Breve sguardo d'insieme: un panorama complesso

Il panorama è molto complesso.

La Francia rappresenta senza dubbio lo Stato in cui la prospettiva riparativa è stata indagata fin dalle prime esperienze in misura più approfondita, con speciale attenzione ai profili che attengono alle relazioni tra le vittime e gli autori di reato ed in particolare, fino ai tempi più recenti, alla mediazione, quale forma autentica di processo riparativo, al centro di una dinamica di progressiva istituzionalizzazione. È però importante considerare le ragioni di una tale tendenza, legate al fatto che tali pratiche hanno rappresentato per i pubblici ministeri, liberi altrimenti di archiviare direttamente il caso, uno strumento idoneo a dare voce alla vittima, offrendo una qualche risposta alla sua domanda di giustizia. Non si tratta di un fenomeno isolato: la dottrina evidenzia come anche nel mondo di *common law*, ed in particolare in Inghilterra, l'uso della giustizia riparativa sia stato fortemente incentivato dalla necessità di riconoscere una particolare attenzione alle istanze della vittima, altrimenti del tutto dimenticate nell'ambito di sistemi processuali

men jurídico, cit., 251 ss., invece, elabora una proposta più articolata, distinguendo, secondo la gravità dei casi, tra ipotesi in cui il procedimento può essere definito anticipatamente ed ipotesi in cui esso va concluso, anche se con rinuncia alla pena.

³⁷¹ L'articolo elenca le materie di competenza statale, tra le quali rientra anche quella penale, salve le peculiarità delle Comunità Autonome.

adversarial, caratterizzati dal monopolio dell'esercizio dell'azione penale da parte dell'accusa³⁷².

Dato per scontato, in Francia, che alla pena si potesse rinunciare, visto che già esistevano nel diritto penale sostanziale strumenti, come la dispensa da pena, che consentivano di distinguere la condanna dall'inflizione di una sanzione, non si cercava tanto un'alternativa ad essa, quanto un mezzo per arricchire di contenuto una soluzione processuale, in qualche modo per "moralizzarla"³⁷³, facendosi carico del conflitto penalmente rilevante.

La dottrina francese rappresenta un punto di riferimento fondamentale per gli studi sul significato e sullo spirito della mediazione e l'esperienza della Francia ha molto da insegnare per quanto riguarda alcuni profili della progressiva disciplina delle pratiche mediative. Tuttavia, almeno per quanto riguarda la mediazione attivata dalle procure, molti problemi restano aperti con riferimento alla stretta dipendenza tra mediatori e pubblico ministero, all'utilizzabilità nel giudizio delle dichiarazioni rese in sede di mediazione ed alla recente tendenza a ricercare, a danno di tale procedura riparativa, soluzioni più rapide attraverso semplici richiami o forme di sanzione mascherata (transazione e composizione penale).

La realtà francese non può comunque offrire risposte esaurienti alle molte questioni che pone un sistema come il nostro, incentrato sul prin-

³⁷² F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 29. Come evidenzia D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa*, cit., 1916 ss., solo negli ultimi quindici anni, però, il legislatore del Regno Unito ha introdotto e progressivamente ampliato gli strumenti idonei all'applicazione della *restorative justice* anche nei confronti degli autori di reato maggiorenni: la prima disposizione che, in questo senso, ha consentito l'instaurazione di percorsi riparativi rilevanti ai fini del procedimento penale è il *Criminal Justice Act* del 2003, che contempla un'opzione di *diversion* per maggiorenni autori di reati non gravi, ancorata a *conditional caution* che la Procura formula dopo aver consultato la vittima e che può rappresentare il contesto per l'avvio di programmi di giustizia riparativa. Nel 2013, invece, con il *Crime and Courts Act*, è stata introdotta la possibilità di avviare programmi di *restorative justice*, in fase di *sentencing*, anche per reati gravi, nei confronti di autori di reato adulti.

³⁷³ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 101.

cipio di legalità processuale. Visto che il sistema penale francese è caratterizzato, oltre che dal principio di opportunità dell'azione penale, dall'esistenza di istituti che consentono al giudice di rinunciare alla sanzione, manca del tutto una riflessione approfondita ed attuale sulle ragioni per le quali non si dovrebbe punire il soggetto che abbia commesso un reato, ma che si attivi per ricostruire una relazione con la vittima e ponga in essere una condotta riparatoria. Il sistema francese riconosce al pubblico ministero un'ampia libertà (anche se di recente "ridefinita"), tanto da consentirgli di rinviare a giudizio in caso di esito positivo della mediazione o di archiviare in caso di esito negativo e, attraverso l'introduzione di requisiti per l'attivazione della procedura posti ormai in alternativa tra loro (art. 41-1 c.p.p.), permette di fatto al procuratore della Repubblica, a seconda dei casi, di porre in secondo piano il fine del superamento del turbamento sociale provocato dal reato o quello della risocializzazione del reo, per privilegiare le esigenze di riparazione del danno causato alla vittima.

Quanto alla disciplina delle pratiche, possiamo invece evidenziare come in Francia, ordinamento che conosce la mediazione (almeno sperimentalmente) da molto tempo, attraverso la descritta, crescente attenzione per una dettagliata descrizione della procedura abilitativa richiesta per accedere all'attività di mediatore, si sia, quanto meno teoricamente, compreso come proprio le caratteristiche di tali figure costituiscano la chiave di successo delle pratiche di mediazione, che non possono essere certo gestite, improvvisando, da soggetti privi di una professionalità idonea, e comunque devono essere condotte da figure estranee al processo.

È oggi auspicabile che la legge n. 2014-896 del 15 agosto 2014 (entrata in vigore il 1° ottobre 2014), introdotta in attuazione della Direttiva 2012/29/UE, e la circolare del Ministero della Giustizia del 15 marzo 2017 sulla giustizia riparativa, da considerarsi autonoma rispetto al processo penale, stimolino un'inversione di tendenza a favore della giustizia riparativa in senso ampio, visto non si può dimenticare un profilo problematico che è emerso distintamente: la recente diminuzione del numero di casi inviati in mediazione in Francia; un fenomeno che mette in guardia dagli eccessivi entusiasmi nel momento in cui questa procedura viene posta a confronto con soluzioni più rapide e meno costose

(richiami o composizioni penali), volte sempre ad ottenere una forma di archiviazione.

Pur se queste diverse opzioni appaiono difficilmente proponibili in un ordinamento come il nostro, rendendo meno significativo il confronto, non si dovrà sottovalutare questo dato, da bilanciare sempre con il fatto che i vantaggi di una mediazione riuscita vanno al di là della semplice definizione del procedimento penale.

La Germania, come abbiamo visto, ha conosciuto un dibattito molto fecondo in tema di riparazione (*Wiedergutmachung*), un concetto che è stato posto in relazione con la mediazione penale, facendo apparire – forse a torto – poco necessario al legislatore tedesco, dopo la riforma del 1994 che ha introdotto nel codice penale il § 46a, un intervento deciso a sostegno dei processi strettamente riparativi, anche a seguito dei più recenti atti sovranazionali. Non sono mancate iniziative rilevanti, sul piano simbolico, come l'introduzione dell'obbligo, in capo al giudice ed al pubblico ministero, di verificare se vi siano i presupposti per la mediazione penale (§ 155a StPO), ed oggi, sempre in attuazione della Direttiva del 2012, dell'obbligo per l'autorità giudiziaria di informare tempestivamente le vittime della possibilità di ottenere la riparazione partecipando ad una procedura mediativa, ma non si è scelto chiaramente – e soprattutto concretamente – di favorire una concezione “dialogica” o “relazionale” della riparazione rispetto a prestazioni solo economiche. La riflessione condotta esplicitamente sui processi riparativi, sui loro principi e sui loro effetti, è molto meno ampia di quella francese.

In una prospettiva di riforma, lasciando da parte le soluzioni unicamente processuali, che presentano molti aspetti critici (come la prescrizione della mediazione), il § 46a StGB – significativamente valorizzato anche in funzione diversiva, con il § 153b StPO, che consente di tener conto fin dalle indagini dei risultati di una mediazione/riparazione spontaneamente attivata – merita tuttavia di essere considerato con grande attenzione per i problemi che ha posto e per le diverse soluzioni interpretative che ha sollecitato, oltre che, prima ancora, per il profilo per cui la norma consente di non discriminare l'autore del fatto che si impegna per raggiungere un componimento, ma incontra una vittima contraria ad ogni sollecitazione in tal senso.

Nella prassi tedesca, però, come si è visto, la mediazione/riparazione del fatto finisce per essere relegata ad un ruolo marginale rispetto al ben più appetibile strumento offerto dalla “riparazione del danno”, nella forma di un risarcimento monetario, anche se frutto di uno sforzo personale.

La giusta relazione tra la dimensione relazionale/dialogica o, comunque, riparatoria in senso ampio, e quella riparatoria in termini solo economici non è facile da trovare, ma, forse, esse dovrebbero essere poste in rapporto di complementarietà, e non essere separate (anche fisicamente, in due diversi sottoparagrafi del medesimo articolo).

Inoltre, appare più coerente e proficuo pensare ad una chiara delimitazione dei reati ai quali una norma simile può esser applicata, invece di estenderne il campo indistintamente, sulla scorta soltanto della pena irrogabile in concreto.

Infine, soprattutto in vista dell’esame della disciplina italiana del giudice di pace, è interessante ricordare il § 380 StPO, che richiede un tentativo obbligatorio di conciliazione, preliminare all’esercizio dell’azione penale privata, proprio per reati che sono o sono stati in gran parte attribuiti, in Italia, alla competenza penale del giudice onorario, prima della loro trasformazione in illeciti civili.

L’esperienza spagnola si differenzia profondamente da quelle appena descritte, a causa della prolungata mancanza di un riconoscimento normativo della mediazione, salvo che per quanto riguarda l’ambito minorile.

La lacuna normativa è stata parzialmente superata ma, con riferimento alla giustizia penale degli adulti, è interessante notare come alcuni progetti si siano faticosamente imposti, da qualche tempo, proprio nelle pieghe del sistema penale. Così, pur se paradossalmente solo per limitarne il campo di applicazione in materia di violenze di genere³⁷⁴, il

³⁷⁴ Pare significativo ricordare, comunque, che anche in Inghilterra, con il *Code of Practice for Victims of Crime*, del dicembre 2013, è stata esclusa espressamente la *restorative justice* in ipotesi di violenza di genere: F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 29. D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa*, cit., 1912 s., cita la Louisiana, il Maine, il Massachusetts, l’Oregon e il Minnesota come Stati in cui la *restorative justice* è vietata per i reati di violenza intra-familiare.

legislatore ha dovuto prendere atto della loro esistenza, anche prima di darvi un riconoscimento leggermente più compiuto con le recenti riforme.

Le prospettive dell'ordinamento spagnolo in tema di giustizia riparativa non sono molto chiare, ma l'esempio è significativo per comprendere, ancora una volta, come i processi riparativi siano stati spesso sperimentati con coraggio e con una certa ampiezza a prescindere da un'espressa previsione legislativa e "normativizzati" solo successivamente.

Allo stesso tempo, è interessante notare come parte della dottrina spagnola, stimolando una revisione di un rigido principio di legalità processuale, anche per consentire lo sviluppo della mediazione, si sia resa conto che essa, oltre a costituire un veicolo fondamentale per l'umanizzazione della giustizia penale, può rivestire una certa utilità per l'efficienza del sistema processuale, soprattutto se utilizzata anticipatamente, in fase di indagini, come avviene sia in Francia che in Germania.

Va fin d'ora evidenziato come, nell'analisi critica delle forme di giustizia riparativa caratterizzanti l'ordinamento italiano, che ci occuperà nelle prossime pagine, e nella progettazione delle possibili linee di sviluppo, le esperienze straniere – ed in particolar modo quella francese e quella tedesca, per lo spazio più ampio riconosciuto alla mediazione/riparazione – rappresenteranno un punto di riferimento utile. Se le caratteristiche del modello processuale adottato condizionano profondamente le soluzioni proposte nei diversi ordinamenti, non è da escludere che alcune di esse possano comunque, con i dovuti adattamenti, contribuire a valutare i risultati raggiunti ed a stimolare eventuali evoluzioni anche all'interno del nostro sistema.

CAPITOLO QUARTO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL DIRITTO PENALE ITALIANO: DAL D.LGS. 274/2000 ALLE PIÙ RECENTI RIFORME DEL SISTEMA PENALE

1. Principi informatori del d.lgs. 274/2000 in tema di competenza penale del giudice di pace

L'indagine sulla giustizia riparativa verrà condotta, per quanto riguarda la realtà giuridica italiana, a partire dal sistema del giudice di pace.

Pur con i limiti che derivano dalla sua applicazione ad un numero circoscritto di reati e, addirittura, secondo alcuni convinti sostenitori della *restorative justice*, dalla modesta accentuazione dell'elemento riparatorio e di incontro tra vittima ed offensore¹, il decreto legislativo del 2000 ha aperto nuove prospettive riparative nell'ambito della giustizia penale degli adulti, elaborando un modello diverso rispetto a quello tradizionale, con profili di estremo interesse, anche per la sua vocazione sperimentale².

¹ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*, in L. PICCOLI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, cit., 108 ss.

² Come si legge nella Relazione d.lgs. 274/2000 (I.1): "La legge delega in materia di competenza penale del giudice di pace e il presente decreto legislativo introducono nell'ordinamento importanti novità, delineando un modello di giustizia penale affatto diverso da quello tradizionale, destinato ad affiancarsi a quest'ultimo in funzione ancillare, ma suscettibile di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la sua positiva "sperimentazione" sul campo della prassi". Tale Relazione può essere consultata all'indirizzo: http://www.penale.it/legislaz/rel_dlgs_28_8_00_274.htm#uno. F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale* (2001), in http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idCat=19&idArt=4387, par. 5.3, si riferisce proprio all'immagine del reato che, prima di essere un'offesa contro l'ordinamento giuridico, lo è contro

Come è stato da subito affermato, sulla base della prima lettura della legge, ed in particolare dell'art. 2 c. 2 del decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274 (*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999 n. 468*), il sistema del giudice di pace privilegia “la prospettiva riparatoria e quella della mediazione tra offeso ed imputato”³ e può dirsi informato, nella risposta penale al reato, da un “principio riparatorio”⁴.

Il giudice onorario è chiamato, infatti, a trovare una composizione tra offeso ed offensore ed ha a disposizione nuove e peculiari modalità di definizione alternativa del procedimento, tra le quali, in particolare, l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, un istituto che richiama coerentemente quanto si è affermato sullo specifico tema della componente riparativa nell'ambito del diritto penale e sulla delimitata possibilità di rinunciare alla pena in presenza di spontanee condotte positive, nel contesto di una giustizia relazionale.

1.1. La riforma del giudice di pace come strumento deflattivo e sperimentale

Non è stato semplice, per il legislatore italiano, superare una certa diffidenza verso una nuova figura di giudice penale, non professionale.

Le vicende che hanno portato all'approvazione del d.lgs. 274/2000 si sono sviluppate normativamente soprattutto a partire dall'inizio degli anni Novanta, con la legge 21 novembre 1991 n. 374, istitutiva del giudice di pace in materia civile. Il tempo ha tuttavia positivamente inciso sul significato stesso di una riforma rivelatasi innovativa su molti piani, ma che in una prima fase aveva mirato quasi in via esclusiva a soddisfare un'esigenza di deflazione dei carichi di lavoro della magistratura or-

la vittima, alla quale provoca dolore, danno e nei confronti della quale l'autore deve porre in essere un'attività riparatrice. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 302, che parla di un modello che trova molte assonanze con la *restorative justice*.

³ A. GIARDA, *Principi e regole del “procedimento”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 78.

⁴ M. BOUCHARD, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 29.

dinaria, sulla base di principi e criteri direttivi assai generici⁵. Nel capo III della legge del 1991 (artt. 35-38) era infatti contenuta una delega al governo con riguardo alla competenza penale, molto stringata, sia per l'individuazione dei reati, che per la disciplina del procedimento. La delega legislativa, tuttavia, non veniva esercitata in tempo⁶.

Un nuovo percorso di riforma veniva attivato a partire dal 1996, con l'iniziativa intrapresa dal Ministro della Giustizia Flick, e si concludeva positivamente nel 1999, con l'approvazione della legge n. 468 del 15 dicembre, contenente una nuova e più dettagliata delega al governo in materia di competenza penale del giudice di pace, alla quale sarebbe seguito il d.lgs. 274/2000⁷.

La legge 468/1999 riserva alla delega in materia di competenza penale del giudice di pace alcuni articoli, che esprimono un discreto sforzo progettuale, da completarsi ad opera del governo. Oltre a definire i

⁵ E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 7 s.; S. CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 34; G. FIDELBO, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 34; B. CARAVITA DI TORITTO, *Il giudice onorario nella prospettiva costituzionale* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 36. B. CAPPONI, *Art. 36*, in M. ACONE, B. CAPPONI, C. CECHELLA, G. MANZO, *Il giudice di pace. Commento alla legge n. 374/1991*, Napoli, Jovene, 1992, 238 s., richiama però i lavori preparatori per evidenziare come la competenza penale potesse rilanciare in modo adeguato la figura del giudice onorario. Nello stesso senso: S. CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, cit., 41.

⁶ Sull'esigenza di pervenire ad una concreta deflazione dei carichi di lavoro dinnanzi ai togati era finita per prevalere una certa preoccupazione politica nel "dare attuazione ad una riforma che presupponeva una non ancora realizzata qualificazione della professionalità della magistratura onoraria" (E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, 4). Allo stesso tempo, insistere per la competenza penale avrebbe rischiato di pregiudicare l'entrata in vigore delle norme sulla competenza civile, vanificando l'intera riforma. Si preferiva così evitare il diffondersi di un clima di eccessivo ostracismo nei confronti della figura del giudice di pace in quanto tale, rinunciando ad una parte della proposta: cfr. D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 7.

⁷ D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 10.

reati – “di gravità ridotta (ma tutt’altro che insignificanti)”⁸ – attribuiti alla cognizione del nuovo giudice (art. 15), auspicabilmente capace, con la sua distribuzione capillare sul territorio, di favorire il riavvicinamento dei cittadini alla giustizia penale, si tratteggiano (negli artt. 16 e 17) i caratteri di un sistema penale alternativo, semplificato nelle forme processuali⁹, e contraddistinto dal fatto che il ricorso alla pena, rigorosamente non detentiva¹⁰, deve rappresentare l’ultimo strumento a disposizione del magistrato, da utilizzarsi, una volta accertato l’illecito penale, solo a seguito della mancata ricomposizione del conflitto, diretta a soddisfare gli aspetti riparatori e risarcitori conseguenti al reato¹¹.

Il decreto legislativo – che ripropone quasi integralmente i risultati cui era giunta la commissione “Padovani” istituita presso il ministero – sviluppa tali premesse abbastanza coerentemente, per dar vita ad un diritto penale più “leggero”, dal “volto mite”¹².

Alla riforma non è estraneo un intento di tipo deflattivo, conseguenza principale della sottrazione ai giudici togati, e più in particolare al tribunale monocratico, della conoscenza di un discreto numero di reati,

⁸ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., IX.

⁹ G. SPANGHER, *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2000, 402; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 303; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 267.

¹⁰ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 399.

¹¹ Cfr. D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 11. L’Autore (pag. 17) esprime alcune considerazioni critiche in merito al criterio della “massima semplificazione” processuale; formula estremamente vaga, che evoca un concetto difficile da tradurre in una maggior speditezza dell’iter procedimentale. Cfr. anche R. ORLANDI, *L’assetto ordinamentale del giudice di pace e gli ambiti delle nuove competenze*, in <http://www.carabinieri.it>; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2001, 1201.

¹² In questi termini si esprime la Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1.

che rappresentavano “i “rifiuti” della giustizia pretorile”¹³, ma la sua finalità è “assai più pregnante ed assiologicamente connotata”¹⁴: per questa strada si introducono nell’ordinamento delle novità importanti, “susceptibili di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la [...] positiva “sperimentazione” sul campo della prassi”¹⁵.

La prospettiva di deflazione processuale non esaurisce affatto la portata ed il significato della riforma che non solo è ad un tempo sostanziale e processuale, in una visione integrata¹⁶, ma che ha addirittura portato la dottrina ad ipotizzare che il legislatore abbia delineato sia pure in forma embrionale, i tratti di un futuribile “secondo sistema penale”, caratterizzato da una robusta struttura e capace di affiancarsi, nell’ambito dei sistemi di diritto punitivo, a quello principale ed a quello dell’illecito amministrativo¹⁷.

¹³ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., X s. Cfr. anche P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un’alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 929.

¹⁴ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 102. Cfr. anche R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172.

¹⁵ Cfr. sempre Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1, nonché E. AGHINA, *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 58, che parla di “laboratorio sperimentale”.

¹⁶ In questo senso T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., IX. Cfr. anche A. SCALFATI, *L’applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 135. È molto critico sul taglio eminentemente processuale della riforma D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 117 ss.

¹⁷ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 96. Nello stesso senso F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, cit., 105; I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 452. Parla di un sistema “parallelo” a quello “ordinario” anche G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini*

Oltre a delineare un nuovo sistema sanzionatorio, in cui scompare la sanzione che comporta la limitazione della libertà personale mediante la reclusione in carcere, si cerca di trovare, ricorrendo a forme di “depenalizzazione attraverso il processo”¹⁸ – cioè operata dal giudice nel caso concreto ma sulla base di precisi criteri – un compromesso tra esigenze di pura efficienza, interne al processo, e strumenti per la soluzione alternativa del conflitto penale, che si giustificano sul piano del diritto penale sostanziale e consentono di assicurare un trattamento qualitativamente diverso per una determinata area di criminalità, selezionata sulla base del “sostrato sociale del reato”¹⁹. Si cerca, quindi, una risposta “oltre che più efficiente, più efficace perché più umana”²⁰.

In prospettiva sperimentale, infatti, il polo di maggior attrazione di tale sistema normativo è senza dubbio rappresentato dalla ricerca di una pacificazione sociale attraverso la conciliazione tra le parti private e dalle nuove modalità di definizione del procedimento delineate dall’art. 34 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di tenuità del fatto, e dall’art. 35 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di condotte riparatorie²¹.

di una composizione non punitiva dei conflitti, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 151; mentre V. PATANÈ, *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 354, parla di “un nuovo tipo di giustizia”.

¹⁸ A differenza di quanto abbiamo cercato di illustrare nel capitolo secondo del presente lavoro, l’atteggiamento di F. SGUBBI, *L’irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 159, che utilizza questa formulazione, è critico.

¹⁹ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 104. Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 119; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 250.

²⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 303.

²¹ Come è stato rilevato in dottrina, il sistema del giudice di pace si distinguerebbe anche per la particolare fisionomia del rapporto che instaura con i principi fondamentali della pena e della legalità, in forza “dell’interferenza con istanze di valore inedite ovvero oggetto di decisa amplificazione, prima fra tutte quella che confida nella conciliazione come modalità risolutiva dei conflitti intersoggettivi”: M. PAPA, *La competenza per i*

Per tornare, così, alle ragioni più profonde di tale riforma, come è stato evidenziato chiaramente, i reati di competenza del giudice penale monocratico stavano viaggiando a due velocità: le offese a beni di natura pubblica o collettiva venivano considerate meritevoli di una definizione processuale sollecita e finivano per precedere, nella trattazione, molti reati con offese di natura strettamente personale o patrimoniale. Al contrario, “l’intera serie dei conflitti che avvelenano i rapporti di vicinato, gli occasionali scontri tra consociati iracondi e suscettibili, le astiose ripicche rifratte in questa o quella fattispecie incriminatrice minore”, rimanevano senza risposta, nel “trionfo dell’oblio”²², facendo perdere credibilità allo Stato proprio con riferimento a quella forma di giustizia che riguarda quotidianamente tutti i cittadini²³ ed alimenta un incremento esponenziale del conflitto.

reati previsti dal codice penale, cit., 96 s. Quanto al principio di legalità, in particolare, anche se il passaggio di competenza per un gruppo di reati non ha comportato alcun mutamento nella descrizione della condotta vietata, il giudice di pace ha una caratterizzazione professionale così distante da quella del giudice togato da poter essere facilitato a rintracciare, negli enunciati linguistici, dei contenuti normativi diversi da quelli consolidati nella giurisprudenza ordinaria, senza i correttivi operati da un rigoroso controllo di legittimità (per un presumibile minor interesse delle parti alle impugnazioni); la sua prioritaria urgenza di ricomporre il conflitto, poi, costringerebbe in secondo piano i profili giuridico-formali. Cfr. M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell’illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 15.

²² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., X. Come rileva E. SELVAGGI, *Il giudice di pace tra occasioni perdute...e da non perdere*, in *Cass. pen.*, 1991, 1009, peraltro, reati come questi (la giustizia “minore”) sono quelli con cui la gente si confronta quotidianamente e che rappresentano una grossa fetta del carico giudiziario. A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 180, parla di rimedio ad un fenomeno di “denegata giustizia”.

²³ In questo senso cfr. anche V. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 26; S. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.*, 1989, V, 15; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2002, 15. Come rileva N. PICARDI, *Il giudice di pace in*

Si doveva provare ad imboccare una nuova via, non priva di rilevanza sul fronte dell'efficienza della macchina giudiziaria²⁴, accentuando, anche nell'ambito penale, la fisionomia del giudice di pace come risolutore di contrasti, “garante della pace sociale”²⁵.

Sebbene si possa affermare che l'ambizioso obiettivo preso di mira non è stato raggiunto pienamente soprattutto a causa di alcune scelte che sono state progressivamente operate dal legislatore senza alcuna attenzione alle peculiarità del modello delineato, ma solo per ridurre il carico di lavoro che grava sui magistrati di tribunale, molte di queste considerazioni non perdono attualità neppure oggi, a seguito del nuovo intervento di depenalizzazione e decriminalizzazione che con la legge delega n. 67/2014, attuata dai decreti legislativi del 15 gennaio 2016 (n. 7 e 8), ha investito anche una parte dei reati di competenza del giudice di pace.

La depenalizzazione vera e propria, infatti, ha interessato solo marginalmente la competenza di questo magistrato onorario²⁶.

Per l'ingiuria, il danneggiamento ed i meno diffusi reati di “sottrazione di cose comuni” (art. 627 c.p.) e di “appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito” (art. 647 c.p.) – già di competenza del giudice di pace penale, ma che potrebbero essere conosciuti come fatti illeciti dal medesimo magistrato in sede civile, ove la richiesta risarcitoria fosse contenuta nei limiti della sua competenza²⁷ – la scelta di decriminalizzazione è stata invece accompagnata dall'introduzione di un'inedita sanzione civile pecuniaria, che sottoli-

Italia alla ricerca di un modello, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 659, la giustizia c.d. “minore” rappresenta un passaggio obbligato di ogni progetto che tenda a restituire efficienza all'apparato giudiziario nel suo complesso.

²⁴ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 177; P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 929; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 24.

²⁵ V. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, cit., 28; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251, tra gli altri.

²⁶ Per quanto riguarda i reati previsti dal codice penale, la depenalizzazione ha investito unicamente la contravvenzione di cui all'art. 726 c.p. (art. 2 d.lgs. 8/2016).

²⁷ Infatti, l'art. 8 d.lgs. 7/2016 prevede che “Le sanzioni pecuniarie civili sono applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno”.

nea la riscontrata inidoneità della disciplina della responsabilità civile tradizionale a garantire una tutela adeguata alla persona offesa/danneggiata e comunque l'urgenza di attivare una nuova sperimentazione.

È difficile negare, in conclusione, che la riforma introdotta con il d.lgs. 274/2000 possa configurarsi come un "laboratorio"²⁸, un esperimento animato da nobili principi, al quale lo sguardo va rivolto con speciale attenzione ed esso potrebbe effettivamente assumere, in futuro, una portata operativa significativa, se valorizzato adeguatamente²⁹.

In chiaroscuro, allora, è il giudizio che poteva essere riservato alla legge delega 28 aprile 2016 n. 57, per la riforma organica della magistratura onoraria, destinata – nell'ambito di una più ampia e complessa disciplina da introdurre nel rispetto di alcuni principi e criteri direttivi – a superare la distinzione tra giudici onorari di tribunale e giudici di pace, denominandoli "giudici onorari di pace", e facendoli confluire tutti nell'ufficio del giudice di pace (art. 2).

La progettata riforma delineava, insieme ad un considerevole potenziamento della competenza del giudice di pace in materia civile, un ampliamento della competenza penale. La coerenza con il modello conciliativo era piena per quanto riguarda l'estensione della cognizione del magistrato onorario al reato di cui all'art. 612 c.p., secondo comma, e quindi alla minaccia grave (salvo che sussistano altre circostanze aggravanti). Sensibilmente meno coerente con il modello era invece il previsto inserimento nella competenza di questo giudice delle contravvenzioni di "rifiuto d'indicazioni sulla propria identità personale" (art. 651 c.p.), di quelle a tutela degli animali e delle specie vegetali selvatiche protette, previste dagli articoli 727 e 727-bis c.p., e di quelle disciplinate dall'articolo 6 della legge 30 aprile 1962, n. 283 (in tema di disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande), che non sono certo espressione di microconflittualità interindividuale. La scelta del Governo è stata più semplicemente quella di non esercitare la delega nella materia penale, perdendo l'occasione di ricomporre davanti al giudice di pace la competenza in materia di minaccia.

²⁸ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIII.

²⁹ A. SCALFATI, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., XIII s.

1.2. La conciliazione quale finalità primaria ed il potenziamento dei meccanismi riparatori e del ruolo della persona offesa

Alcuni strumenti normativi già indicati come rilevanti, ancorché soprattutto in via consequenziale³⁰, per le ricadute deflattive e/o efficienti sulle dinamiche della giustizia penale hanno un significato altrettanto importante su di un piano che ci interessa più da vicino: quello dell’“effettività del processo a risolvere la contesa”³¹, “umanizzando” la giustizia³², almeno quando si è in presenza di fattispecie penali in cui è possibile identificare una “vittima”.

La specialità che caratterizza il rito davanti al giudice di pace è molto diversa da quella propria dei procedimenti codicistici qualificati “speciali”. Le deviazioni dall’*iter* ordinario non dipendono, nel microsistema, da una rinuncia ad alcune garanzie, né sono solo in apparenza alternative, assicurando transattivamente una benevolenza della dinamica punitiva nei limiti in cui il reo “concorre ad assicurare lo scopo repressivo”³³, ma invece puntano ad un esito – alternativo alla stessa sanzione penale – capace di valorizzare la vittima, e sono, o dovrebbero essere, strettamente connesse (almeno negli intenti) alle caratteristiche dei reati attribuiti alla cognizione di questo giudice compositore del conflitto. La celerità, nel procedimento di pace, di per sé non particolarmente agile, è una finalità “ancillare a quella della risoluzione dei conflitti, come è provato dall’esclusione dell’operatività dei riti alternativi” (art. 2 c. 1 d.lgs. 274/2000)³⁴.

Non è un caso che nessuno dei riti speciali sia applicabile davanti al giudice di pace – nonostante nella delega non comparisse alcuna preclu-

³⁰ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 172.

³¹ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIV s.

³² Cfr. ampiamente, sul punto, C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 143 ss.

³³ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIV.

³⁴ E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 10. Cfr. anche G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 112.

sione assoluta in tal senso³⁵ – perché ritenuti inconciliabili con la “natura compositiva” della giurisdizione del giudice di pace³⁶. In ipotesi di patteggiamento, ad esempio, l’ordinamento ostenta “indifferenza” verso la vittima, “che venga “sorpresa” dall’accordo tra gli altri soggetti del procedimento”; nella dinamica pattizia di cui agli artt. 444 e ss. c.p.p. non c’è alcuna finalità riconciliativa, nessun “percorso di avvicinamento al fatto e all’altro”³⁷. Riconoscere all’autore del reato la possibilità di patteggiare avrebbe giovato alle istanze deflattive, ma disincentivato la ricerca di una diversa soluzione al conflitto tra le parti “frustrando i percorsi di recupero e di dialogo”³⁸, che informano il rito “di pace”³⁹.

³⁵ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 277; G. SPANGHER, *Approvata la legge delega*, cit., 403.

³⁶ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2006, 37 s.; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 25; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 264 ss.; D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 33; D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 26 ss.

³⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, 417, 423. Cfr. altresì G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 26.

³⁸ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 427.

³⁹ Nella Relazione si evidenzia che è la natura stessa del giudice di pace ad imporre di “favorire il contatto delle parti con l’organo giudicante, esigenza questa che sarebbe frustrata dalla previsione di procedimenti monitori *inaudita altera parte*, come il decreto penale di condanna” (L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 269, ricorda tuttavia che la Commissione Giustizia del Senato ne aveva raccomandato l’introduzione, almeno per i reati perseguibili d’ufficio). Con riferimento al giudizio abbreviato, esso è stato giudicato in generale incompatibile, dalla dottrina, con un sistema in cui, anche per l’accentuata tenuità delle pene irrogabili, non si può giustificare un ulteriore trattamento premiale in sede di irrogazione della sanzione (E. GALLUCCI, *Giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 46; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 14; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 26). Cfr. Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2. Cfr., altresì, D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 28; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 269. E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 278, evidenzia come l’applicazione della pena su richiesta delle parti avrebbe potuto ipotizzarsi, se si fosse subordinato l’accesso al rito a condotte risarcitorie, non idonee tuttavia a soddisfare le esigenze di riprovazione e quelle preventive. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sull’eccepita

L'art. 2 c. 2 del d.lgs. 274/2000 individua così “il principio operativo su cui si regge tutta l'impalcatura”⁴⁰, lo scopo essenziale del procedimento – che “solo in termini di *extrema ratio* sfocia nell'applicazione di una sanzione”⁴¹ – davanti ad un giudice con caratteristiche molto particolari. Come è stato affermato, seppure con riferimento privilegiato alla materia civile, “la parola *pace* è indubbiamente suggestiva e la metafora *giudice di pace* sembra sprigionare un fascino sottile”⁴².

La centralità della funzione di conciliazione viene sottolineata con il suo inserimento tra i principi generali del procedimento⁴³ e le potenzialità del principio, sebbene mitigate dall'inciso “per quanto possibile”, appaiono molto estese⁴⁴. Il dovere di “favorire la conciliazione tra le

illegittimità costituzionale di tale soluzione normativa per contrasto con i principi di uguaglianza di trattamento (rispetto ai reati attribuiti alla competenza del tribunale), di ragionevolezza, per violazione del diritto di difesa e per eccesso di delega, ha dichiarato le questioni manifestatamente infondate, ponendo l'accento sulle peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace, che presenta caratteri di per sé non comparabili con la struttura del procedimento davanti al tribunale e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario. Il d.lgs. n. 274 del 2000, infatti, contempla forme alternative di definizione, non previste dal c.p.p., che si innestano in un procedimento che concerne reati di minore gravità – con un apparato sanzionatorio del tutto autonomo – e che, soprattutto, ha la finalità di favorire la conciliazione tra le parti: Corte cost., 8 giugno 2005, n. 228, in *Giur. Cost.*, 2005, 3. Cfr. altresì V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in C. SANTORIELLO (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali. Tomo II*, Torino, Giappichelli, 2010, 59.

⁴⁰ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 54. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 33 ss.

⁴¹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIV. Nello stesso senso S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 231; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 179; M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, Matelica, Halley, 2005, 60; G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 151.

⁴² N. PICARDI, *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, cit., 659.

⁴³ L'inserimento è avvenuto peraltro solo nel corso della stesura definitiva del provvedimento: V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 357.

⁴⁴ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 128; V. PATANÈ,

parti” (indagato/imputato e persona offesa)⁴⁵ non è infatti limitato ad un determinato momento del procedimento penale né a particolari tipologie di illecito, se esse possono considerarsi idonee ad essere trattate in un percorso conciliativo⁴⁶.

Come è stato evidenziato, i principi fungono da punto di riferimento imprescindibile per risolvere i casi non previsti espressamente⁴⁷, o comunque forniscono utili indicazioni nel momento applicativo⁴⁸ e, più in particolare, l’indirizzo generale di conciliazione assume “capacità unificante della portata specifica di una serie di istituti propri del processo del giudice di pace, tutti tendenti a risolvere (o a prendere atto che è risolto) il conflitto insorto tra parte offesa ed imputato”⁴⁹. Non si può fare a meno di rilevare, infatti, come diverse attribuzioni del giudice di pace siano tutte specificazioni del ruolo di conciliatore ascrittogli in via generale e siano coerenti con un modello di giustizia che “tende a valorizzare l’aspetto relazionale” del reato⁵⁰.

Il d.lgs. 274/2000, come vedremo, ha fornito indicazioni più specifiche in ordine agli aspetti conciliativi nell’art. 29 c. 4, con riferimento alla prima udienza di comparizione, che dovrebbe vedere l’incontro con

La mediazione, cit., 353; E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 273; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251.

⁴⁵ Come evidenzia G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 40, nt. 56, con il termine “parti” ci si riferisce qui anche alla persona offesa dal reato, indipendentemente dalla sua eventuale costituzione di parte civile.

⁴⁶ Cfr. E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 11; D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 33; L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 138.

⁴⁷ D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 27 s.

⁴⁸ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 181.

⁴⁹ V. ZAGREBELSKY, *Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 31, 5. Nello stesso senso E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 10.

⁵⁰ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 206; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 355.

tentativo di conciliazione “tutt’altro che ritualistico e formale”⁵¹ tra la persona offesa e l’imputato. Se necessario, il giudice può anche ricorrere all’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio.

Il legislatore delegato ha quindi privilegiato ulteriori forme di definizione del procedimento basate su meccanismi di tipo riparatorio o comunque in grado di garantire, insieme alla finalità deflattiva, anche le ragioni della vittima⁵². “Un *umano* fare al posto dell’*inumano subire*”, come è stato efficacemente rilevato⁵³.

La riforma ha infatti delineato un primo istituto particolare in ipotesi di condotte riparatorie, capace di consentire la “deprocessualizzazione” della controversia davanti al giudice di pace⁵⁴, secondo una “prospettiva di sussidiarietà vicariante della riparazione rispetto alla sanzione punitiva”⁵⁵.

La centralità del momento conciliativo spiega poi anche il peculiare ruolo riconosciuto all’offeso nella dinamica applicativa di un ulteriore istituto volto a favorire la definizione anticipata del procedimento, l’art. 34 d.lgs. 274/2000, per le ipotesi di particolare tenuità del fatto⁵⁶. Infatti, se nel corso delle indagini non deve risultare un interesse della vittima alla prosecuzione del procedimento ed al giudice di pace “è riconosciuta un’ampia possibilità di rilevare l’inconsistenza del conflitto”⁵⁷, dopo l’esercizio dell’azione penale la declaratoria di improcedibilità può aversi solo se l’imputato e la persona offesa non si oppongono⁵⁸.

⁵¹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

⁵² L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 142; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1758; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 259 s.

⁵³ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 182.

⁵⁴ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 11.

⁵⁵ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVI.

⁵⁶ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 356.

⁵⁷ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

⁵⁸ R. MARINI, *La posizione della parte civile e l’intervento adesivo dell’offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 249 s.; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 41; G. FIANDACA,

Si può ben comprendere, infine, come in un procedimento che valorizza gli strumenti per il superamento del conflitto, anche mediante la riparazione, gli spazi riconosciuti alla persona offesa, anche oltre la fase preimputativa⁵⁹, siano molto più ampi rispetto a quanto avviene ordinariamente: essa condiziona gli esiti conciliativi fin dalla loro attivazione⁶⁰.

Come si legge nella Relazione governativa al decreto legislativo, la riforma si caratterizza proprio per la sua capacità di esprimere un “rinnovato interesse per la vittima”, che ne sorregge “le scelte più qualificanti, in omaggio alle moderne tendenze alla negoziazione dei conflitti sociali”⁶¹. La vittima, intesa in questo contesto come persona offesa⁶², dovrebbe avvertire che tale particolare procedimento “è il luogo in cui le sue ragioni sono ascoltate e le sue aspettative sono soddisfatte”⁶³.

Fermi i diritti partecipativi ereditati dal “modello di genere”⁶⁴, il ruolo della vittima nel sistema del giudice di pace non è tuttavia peculiare solo per quanto attiene alla dimensione conciliativa: la persona offesa può fungere addirittura da organo propulsore del giudizio⁶⁵.

La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune, cit., 158.

⁵⁹ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1188.

⁶⁰ Cfr. P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 930; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 353; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 85.

⁶¹ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1. Cfr. altresì A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 181 ss.

⁶² A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa*, cit., 1185, sottolinea infatti, con rammarico, come il legislatore non abbia attribuito alcuna autonomia al danneggiato, che deve sfruttare le facoltà spettanti all'offeso (fino a quando non può costituirsi parte civile) e sempre che le due figure coincidano nella stessa persona.

⁶³ F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale*, cit., par. 5.1.

⁶⁴ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona*, cit., 1187.

⁶⁵ Come rileva G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 217, questa forma di *vocatio in iudicium* sarebbe comunque funzionale all'esplicazione dei poteri conciliativi del giudice di pace ed alle forme di reintegrazione dell'offesa. Cfr. anche V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 353; C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte*

In un sistema riguardante soprattutto gli illeciti penali che nascono da situazioni di microconflittualità, infatti, è stato riconosciuto alla persona offesa un ruolo fondamentale sul piano processuale, attraverso il ricorso immediato al giudice, previsto nell'art. 21 per i reati perseguibili a querela di parte⁶⁶.

dell'offeso, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 233; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 18.

⁶⁶ L'attività consentita alla vittima, di difficile inquadramento sistematico, è ricalcata su quella che in alternativa sarebbero chiamati a svolgere i soggetti pubblici. Cfr. T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 85 ss.; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 17. Attraverso questa modalità tecnica, come evidenzia R. OTTENHOF, *Sulla tutela penale delle vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 710, alla vittima è riconosciuta una nuova presenza attiva nell'ambito del processo penale. Nella legge delega, ad essere precisi, si prevedeva la possibilità di delineare una vera e propria azione penale privata nell'edificando sistema, con l'introduzione, per taluni reati non procedibili d'ufficio, della citazione in giudizio "esercitata anche direttamente dalla persona offesa col ministero del difensore mediante ricorso al giudice di pace" (art. 17 lett. c) l. 468/1999). La scelta del legislatore delegato è stata tuttavia diversa, meno coraggiosa, in quanto il potere dell'offeso non è – almeno normalmente – idoneo a provocare il passaggio alla fase processuale: egli si limita a redigere un'imputazione "preliminare", con "la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita alla persona citata a giudizio" e "con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati" (D. NEGRI, *Art. 21. Ricorso immediato al giudice*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 205). Il pubblico ministero interviene con un controllo necessario, prima di formulare l'imputazione definitiva, anche se il suo sindacato sulla *notitia criminis* si esaurisce nella verifica della competenza per territorio ed in un giudizio di ammissibilità e di non manifesta infondatezza, spesso fondato solo sulla verosimiglianza di quanto esposto nel ricorso, perché sganciato da qualsiasi attività investigativa. Cfr. G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 215 ss.; C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, cit., 240 ss.; A. DE FRANCESCO, *L'erosione del principio della direzione delle indagini e del monopolio nell'azione penale del pubblico ministero nel procedimento penale avanti al giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2003, 191 ss.; E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 14 ss.; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 198 ss.; E. SQUARCIA, *Giudice di pace e ricorso immediato dell'offeso: un'eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 614 ss.; C. PANSINI, *Indagini preliminari e citazione a giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 37 ss.; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, 184 ss.; F. CINGARI, *La competenza penale del giudice di pace*,

La centralità del ruolo della vittima non si esaurisce in fase preliminare. Nella fase dibattimentale, a seguito di presentazione di ricorso immediato, la presenza della persona offesa è richiesta, in chiave responsabilizzante e di promozione della ricomposizione del conflitto⁶⁷, proprio dall'art. 30 d.lgs. 274/2000:

la mancata comparizione all'udienza del ricorrente o del suo procuratore speciale non dovuta ad impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore determina l'improcedibilità del ricorso, salvo che l'imputato o la persona offesa intervenuta e che abbia presentato querela chieda che si proceda al giudizio.

In caso di improcedibilità, il giudice di pace condanna il ricorrente alla rifusione delle spese processuali, nonché al risarcimento dei danni in favore della persona citata in giudizio che ne abbia fatto domanda⁶⁸.

in *Studium iuris*, 2001, 377; V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 52 s. Qualora il pubblico ministero non si attivasse – dovendo il giudice comunque provvedere all'esame del ricorso – in qualche misura assentirebbe silenziosamente alle scelte accusatorie del ricorrente: G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 252, 265 s. (*contra* C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, cit., 247, che parla in tal caso di azione penale privata, ancorché sussidiaria). Si dovrebbe invece parlare di vera e propria "azione penale privata" quando il pubblico ministero manifestasse la sua contrarietà alla prospettazione accusatoria contenuta nel ricorso, ma il giudice ritenesse di dover comunque convocare le parti, disattendendo il parere contrario della procura. F. CAPRIOLI, *La funzione d'accusa nel procedimento di pace: coordinate sistematiche e prassi applicative*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, cit., 142 ss. ritiene, invece, che, quando il pubblico ministero non ottempera all'obbligo di agire (o ha espresso parere contrario alla citazione), la funzione di accusa si trasferisce nelle mani dell'organo giurisdizionale. Ad ulteriore conferma della peculiarità di tale modello processuale, comunque, l'assunzione della qualità di imputato è legata al decreto di convocazione delle parti emesso dal giudice di pace (art. 3 d.lgs. 274/2000) (G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 259; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 113).

⁶⁷ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 362; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 282 s.

⁶⁸ La severità di queste conseguenze si spiega proprio con le peculiari prerogative riconosciute all'offeso nella dinamica introduttiva del giudizio, con la necessità di promuovere tra le parti un contatto a fini conciliativi e, in generale, con la convinzione che nell'ingiustificata mancata partecipazione all'udienza si riflette una sua carenza di inte-

Si può affermare che l'offeso esce responsabilizzato e rafforzato in misura significativa dalla normativa in esame, riacquistando, almeno in parte, "la centralità perduta molti anni addietro, quando ancora poteva agire davanti al giudice nella veste di parte accusatrice"⁶⁹.

1.3. *Le peculiarità del sistema sanzionatorio: diritto penale "mite ma effettivo"*

Il quadro generale dei principi di diritto sostanziale che informano la legge del giudice di pace penale non sarebbe completo senza un breve cenno ad un profilo che, pur non così rilevante per il tipo di studio che stiamo conducendo – visto che il lavoro di pubblica utilità non viene di regola ricondotto nell'ambito della giustizia riparativa⁷⁰ – presenta comunque caratteri di grande originalità: il sistema sanzionatorio.

Esso, infatti, è caratterizzato, come da indicazioni della legge delega, dall'innovativa presenza di sanzioni principali paradedentive (il lavoro di pubblica utilità e la permanenza domiciliare nei fine settimana),

resse alla prosecuzione del giudizio: A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 200; E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 283.

⁶⁹ R. ORLANDI, *I soggetti*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 91. Cfr. altresì V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 14. Come ricorda C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, cit., 233 s., il giudizio per citazione diretta su iniziativa della persona offesa era previsto nella legislazione anteriore al c.p.p. del 1930, anche se il codice del 1913 aveva già ristretto notevolmente la possibilità per la persona offesa di servirsi dello strumento della citazione diretta. Infatti, mentre nel codice del 1865 tale istituto poteva porsi in essere per tutti i reati perseguibili a querela di parte, in quello del 1913 esso fu limitato ai soli delitti di diffamazione e ingiuria (M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 131).

⁷⁰ In questo senso, come ricordato, si è espresso recentemente il Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato) degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, presieduto dalla Prof. Grazia Mannozi. Cfr. *Relazione integrale del Tavolo 13* (punto 3. "Cosa non è giustizia riparativa"), cit., 20: "Come prima indicazione di metodo vi è, dunque, quella per una estrema cautela "nominalistica": non sono da indicare/qualificare come strumenti di giustizia riparativa i lavori di pubblica utilità, il lavoro penitenziario gratuito all'esterno, le prescrizioni di volontariato sociale, perché si tratta di attività prescritte o imposte dal magistrato, che si iscrivono pur sempre in un'ottica retributiva o di coercizione".

in luogo di quelle detentive. Tali sanzioni, previste per i singoli reati, di regola, in alternativa alle più frequenti pene pecuniarie, hanno ampliato per la prima volta il catalogo delle pene principali esistenti nel nostro ordinamento, dopo moltissimi anni dall'entrata in vigore del codice Rocco⁷¹.

Nella Relazione si illustrano brevemente le ragioni sottese a tale modello molto particolare, il cui fine è quello di realizzare una giustizia più semplice e più vicina alla comprensione dei cittadini: in luogo della minaccia astratta di una sanzione privativa della libertà (destinata nella maggior parte dei casi a rimanere sulla carta) si mira a garantire una risposta effettiva, anche attraverso il ricorso ad istituti riparativi “che antepongano le aspettative dei cittadini alla pretesa punitiva dello Stato, come tradizionalmente intesa”⁷². In piena coerenza con le caratteristiche già illustrate, si afferma addirittura che “la scomparsa della pena detentiva (anche) a livello di previsioni edittali costituisce la spia di un'attenuazione della pretesa punitiva di matrice pubblicistica”⁷³.

La pena pecuniaria – prevista a volte in via esclusiva e comunque sempre in alternativa alle sanzioni paradetentive (anche se non irrogabile, nel secondo caso, in ipotesi di recidiva reiterata infraquinquennale, salvo che sussistano circostanze attenuanti ritenute equivalenti o prevalenti)⁷⁴ – è, senza dubbio, la sanzione principale, il fulcro, di questo mi-

⁷¹ I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 449 s.; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, Giappichelli, 2006, 132 ss.; A. DI MARTINO, *Sanzioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 436 ss. F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 400 ss. si sofferma anche sulle difficoltà prasseologiche che comunque ancora incontra l'escussione della pena pecuniaria.

⁷² Relazione d.lgs. 274/2000, cit., IV.10.1. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 15.

⁷³ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1. Secondo qualche autore, però, tale scelta nascerebbe da una scarsa fiducia nella figura non professionale di tale organo giurisdizionale: A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 181; D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 403. Cfr. anche ID., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla “certezza” della esecuzione*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 78.

⁷⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 453.

croscistema⁷⁵. “Venendo così incontro a quella che taluno dipinge come la crisi del simbolismo repressivo”⁷⁶, la reclusione in carcere ricompare unicamente ai margini estremi del modello, passando attraverso un nuovo vaglio processuale, per coloro che non rispettano gli obblighi connessi alle sanzioni “minori”⁷⁷ (violazione reiterata, senza giusto motivo, degli obblighi, allontanamento dai luoghi di permanenza oppure mancata presentazione o abbandono del luogo di lavoro): in tal caso si configura un delitto diverso, la cui competenza è attribuita al tribunale in composizione monocratica⁷⁸.

Quanto alle sanzioni paradetentive, che una certa dottrina ha criticamente qualificato come destinate tipicamente “ad un soggetto socialmente integrato”⁷⁹, la più diffusa – la permanenza domiciliare – ha una durata normalmente frazionata ed impone al condannato di rimanere, di regola, “nella cornice, certamente meno afflittiva e desocializzante, dell’abitazione del condannato”⁸⁰ ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza per determinati giorni alla settimana (sabato e domenica, salve deroghe che tengano conto delle esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute), mentre il lavoro di pubblica utilità richiede la prestazione di attività lavorativa non retribuita (una giornata equivale a due ore, anche non continuative, di lavoro) in favore di Stato, regioni, province, comuni oppure enti od organizzazioni di assistenza

⁷⁵ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 417. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 50 sottolinea, a riguardo, il rischio di monetizzazione della responsabilità penale.

⁷⁶ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 117.

⁷⁷ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 413.

⁷⁸ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 9. Egli rileva altresì (pag. 297) che il delitto di evasione non è configurabile in quanto nemmeno la permanenza domiciliare è parificabile alla detenzione. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 422.

⁷⁹ L. STORTONI, *Introduzione sugli aspetti di diritto penale sostanziale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 17.

⁸⁰ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 408.

sociale o di volontariato, che sono iscritti in appositi elenchi, previa stipula di una convenzione a ciò deputata⁸¹.

Sebbene il legislatore non fornisca sul punto alcun criterio orientativo specifico⁸², nei casi in cui il giudice di pace non possa o non ritenga che vi siano i presupposti per applicare la più favorevole pena pecuniaria, può affiancare (in alternativa) alla permanenza domiciliare quella del lavoro di pubblica utilità, quando ritenga che anche quest'ultima

⁸¹ I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 456 ss. Nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore della riforma ci si chiedeva, quanto alle sanzioni di nuovo conio, se i controlli, affidati all'ufficio di pubblica sicurezza del luogo di esecuzione o, in mancanza, al comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente, avrebbero garantito adeguatamente l'effettività della pena e, in particolare quanto al lavoro di pubblica utilità, se sarebbero stati introdotti strumenti idonei a renderlo operativo (in particolare: A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XVI; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 465; ID., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, cit., 402 ss.). Tali quesiti, qui non approfonditi perché marginali rispetto alla ricerca che stiamo conducendo, sono purtroppo ancora attuali, anche se uno stimolo alla parziale soluzione della seconda problematica è venuto dalle riforme che hanno dimostrato di voler investire sulla sanzione del lavoro, anche fuori dal contesto del microsistema di cui si discute. Ci si riferisce alla riforma in materia di sostanze stupefacenti (art. 4-bis d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, che ha introdotto il comma 5-bis dell'art. 73 t.u.l.stup. – reintrodotta poi, in termini analoghi, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale (12-25 febbraio 2014, n. 32), dall'art. 1, comma 24-ter, lett. b), d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito, con modificazioni, nella l. 16 maggio 2014, n. 79 – e art. 3, co. 1, d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94, che ha introdotto il comma 5-ter dell'art. 73 t.u.l.stup., configurando una forma di prestazione lavorativa gratuita a favore della collettività con natura di sanzione sostitutiva delle pene detentiva e pecuniaria) e, soprattutto, alla riforma della disciplina della guida in stato di ebbrezza (l. 29 luglio 2010 n. 120), che ha previsto, mediante l'inserimento del comma 9-bis nell'art. 186 del Codice della Strada (e del comma 8-bis nell'art. 187), la possibilità di sostituire le pene classiche, dell'arresto e dell'ammenda, con la pena del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 d.lgs. 274 del 2000. Cfr. S. ROMANELLI, *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 237 ss.; L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., 103 ss. Sia consentito altresì il rinvio a E. MATTEVI, A. MENGHINI, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, 117 ss.

⁸² Critica sul punto è la posizione di A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 448.

sanzione sia idonea a rispondere all'illecito⁸³. La previsione di entrambe le pene discende dalla necessità di rendere completa la pronuncia di condanna, poiché l'applicazione della seconda sanzione – attraverso “un duplice ed inedito schema di dispositivo di sentenza a struttura *bi-fasica*”⁸⁴ – è subordinata alla richiesta del condannato e, di conseguenza, la permanenza domiciliare ritrova spazio quando difetta la richiesta di irrogazione del lavoro⁸⁵. Infatti, come è stato rilevato, a parte l'ovvia considerazione per la quale l'imposizione di una sanzione positiva, con funzione risocializzatrice, non può che essere inefficace senza la disponibilità del condannato, essa si porrebbe in contrasto con l'art. 4 della C.E.D.U., che vieta espressamente i lavori forzati od obbligatori⁸⁶.

La disciplina sanzionatoria del giudice di pace è, quindi, caratterizzata da mitezza ed effettività⁸⁷: se i descritti strumenti, in sé modesti e volti sempre ad evitare gli effetti desocializzanti della pena detentiva, corrispondono alla gravità ridotta degli illeciti penali, essi sono tuttavia caratterizzati da una certa effettività, per quanto già illustrato, ma anche perché “giungono all'esito di una vicenda che ha esplorato negativamente la possibilità di una soluzione alternativa”⁸⁸. Alla condanna si perviene solo dopo una serie di scansioni selettive: dopo che il giudice ha constatato che la conciliazione è impossibile, che il fatto non è di

⁸³ I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 455 s. ritiene che sia implicito il rinvio ai parametri dell'art. 133 c.p.

⁸⁴ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 37; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 141.

⁸⁵ Cfr. Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.5.4, nonché E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 291. Cfr. anche V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 72; G. AMATO, *Dibattimento snello ma senza riti alternativi*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 121.

⁸⁶ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 411; A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 404; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 460 ss.; ID., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Archivio Giuridico*, 2003, III, 386; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2000, 1054.

⁸⁷ G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni*, cit., 1201.

⁸⁸ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII. Cfr. anche D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 404 s.

particolare tenuità e che non sono intervenute idonee condotte riparatorie⁸⁹.

Ai reati di competenza del giudice di pace, così, non si applicano le sanzioni sostitutive di cui agli artt. 53 ss. della legge 689/1981, in quanto manca “una pena detentiva da sostituire in ragione dei suoi effetti criminogeni”⁹⁰, e, soprattutto, nella prospettiva dell’effettività, la sospensione condizionale non può essere concessa (art. 60)⁹¹.

Come è stato evidenziato, optare per la sospensibilità:

avrebbe significato trasformare il giudice di pace in un autentico buffone, che, dopo essersi sbracciato invano per conciliare persona offesa e imputato, dopo aver constatato che il fatto non è di particolare tenuità, dopo aver verificato che l’imputato si è ben guardato dal riparare il danno, pronuncia una condanna a pena intrinsecamente modesta, e per giunta non eseguita⁹².

Da un altro punto di vista, si potrebbe affermare che il comportamento del reo susseguente al reato, in quanto espressivo di autentica indisponibilità alla composizione del conflitto, escluda radicalmente la meritevolezza del beneficio⁹³. Oltre a ciò, la sospensione condizionale non assolverebbe, nell’ambito di questo sistema sanzionatorio, all’“es-

⁸⁹ I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 454. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 411, evidenzia tuttavia criticamente come non sia detto che il materiale normativo che si presta alle operazioni processuali della giustizia conciliativa possa coincidere con quello che si presta alla rieducazione o non desocializzazione che dovrebbe fondare l’orientamento teleologico delle nuove sanzioni.

⁹⁰ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 415. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 437 sottolinea come la Relazione si soffermi contraddittoriamente sul fatto che tale norma chiarirebbe incidentalmente la natura di sanzione principale delle pene applicate dal giudice di pace, dato che, diversamente, il divieto non avrebbe senso.

⁹¹ E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 16; I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 447; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni*, cit., 1204.

⁹² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVII. Cfr. anche A. SCALFATI, *L’applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 407.

⁹³ Sul punto, ancorché criticamente, cfr. F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 416.

senziale funzione di prevenzione di effetti desocializzanti che è normalmente chiamata a svolgere⁹⁴.

Appare chiaro che sussistono delle importanti differenze sul punto rispetto alle sanzioni (anche pecuniarie) inflitte dal giudice ordinario e potrebbero effettivamente sorgere dei dubbi sulla compatibilità di tale disciplina con i principi costituzionali⁹⁵. Come è stato puntualizzato, però, il retroterra processuale che conduce agli esiti descritti, e quindi anche alla non sospensibilità della pena, è, in realtà, così diverso che ne risulta una vera e propria differenza sostanziale⁹⁶. La Cassazione, in prima battuta, dichiarando la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione⁹⁷, e poi la stessa Corte costituzionale hanno mostrato di condividere pienamente questa lettura⁹⁸.

⁹⁴ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 429.

⁹⁵ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 418; D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 430 s.; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni*, cit., 1205; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 55 ss.

⁹⁶ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVII.

⁹⁷ Cass., 15 novembre 2006, n. 41992, in *Riv. pen.*, 2007, 1048.

⁹⁸ Corte cost., 13 marzo 2014, n. 47, in *Cass. pen.*, 2014, 2103: "Non è fondata la q.l.c. dell'art. 60 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. La norma censurata nella parte in cui non consente di applicare le disposizioni di cui agli art. 163 ss. c.p., relative alla sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna a pena pecuniaria per reati di competenza del giudice di pace, neppure quando il beneficio sia stato invocato dalla difesa, non determina la denunciata disparità di trattamento tra i reati di competenza del g.d.p. e quelli di competenza del tribunale in composizione monocratica, egualmente puniti con pena pecuniaria, atteso che la giurisdizione penale del g.d.p. presenta caratteristiche peculiari, esprimendosi in un modulo processuale improntato a finalità di snellezza, semplificazione e rapidità, tali da renderlo non comparabile con il procedimento davanti al tribunale e da giustificare comunque sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario. I tratti d'assieme dell'apparato sanzionatorio dei reati di competenza del giudice di pace, composto da sanzioni con modesto tasso di afflittività e carenti di effetti desocializzanti, da un lato; le peculiari coordinate del procedimento all'esito del quale dette sanzioni sono applicate, volte a privilegiare soluzioni deflative e conciliative, anziché repressive, dall'altro, sono elementi che impediscono di scorgere nella preclusione denunciata un *vulnus* al principio di eguaglianza (sent. n. 298

Sotto il profilo della tecnica redazionale⁹⁹ utilizzata nell'operazione riformatrice, la decisione del legislatore è stata particolare: non ha ritenuto di incidere direttamente sul dettato codicistico, riscrivendo tutte le cornici edittali, ma di modellare il sistema sulle caratteristiche del nuovo giudice, conformemente a scelte operate sul piano processuale¹⁰⁰. Era preferibile mantenere un collegamento tra la nuova disciplina sanzionatoria e le norme processuali, dando vita ad un vero e proprio "microsistema di tutela integrata", entro il quale "le funzioni conciliative del giudice di pace condizionano la creazione di un sistema di diritto penale più mite dal punto di vista delle sanzioni applicabili", ma comunque effettivo, mentre "alla mancata incidenza su un valore di rango costituzionale primario (quale la libertà personale) ben corrisponde, a sua volta, una deformalizzazione degli strumenti processuali"¹⁰¹.

Da un punto di vista pratico, a ben vedere, la soluzione è stata innanzitutto imposta da esigenze di economia normativa, poiché una scelta diversa, se da un lato avrebbe consentito di operare dei giudizi di (dis)valore calibrati sulle singole fattispecie, dall'altro avrebbe impegnato eccessivamente il governo (tenuto conto dei tempi brevi per l'emanazione del decreto legislativo), imponendo "il diretto e complesso raccordo tra le nuove tipologie sanzionatorie e la disciplina di tutti gli istituti che, per la loro operatività, fanno riferimento alla pena detentiva"¹⁰².

La riscrittura delle cornici sarebbe stata poi difficilmente praticabile in relazione a talune fattispecie che la legge di delegazione ha devoluto alla competenza del giudice di pace unicamente nella forma semplice e non in quella aggravata: in alcune ipotesi accade, infatti, che la fattispecie aggravata sia punita con una pena proporzionale a quella comminata

del 2008; 64 del 2009; ordd. n. 28 del 2007; 290 del 2003; 370 del 2004; 32, 56 del 2010)". Cfr. altresì F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 114.

⁹⁹ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 402.

¹⁰⁰ In una chiave critica cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 118; A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 444.

¹⁰¹ In questi termini, cfr. sempre la Relazione d.lgs. 274/2000, cit., IV.10.1. Vedi altresì E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 284 s.

¹⁰² F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 401.

per l'ipotesi base (art. 595 u.c. c.p.)¹⁰³. In presenza delle aggravanti della finalità di terrorismo, dell'agevolazione delle associazioni mafiose o della discriminazione razziale, quindi, la competenza per tutti i reati elencati nell'art. 4 d.lgs. 274/2000 è e rimane del tribunale, con applicazione della pena originaria, aumentata¹⁰⁴.

Come è stato rilevato, infine, l'eliminazione della differenza tra reclusione ed arresto nell'ambito della cornice edittale, avrebbe attenuato troppo la distinzione tra delitti e contravvenzioni¹⁰⁵: le nuove sanzioni introdotte dal d.lgs. 274/2000 possono far perdere "identità" alle violazioni alle quali sono ricondotte, poiché accedono ad entrambe le categorie di reati¹⁰⁶.

La differenziazione tra delitti e contravvenzioni, che mantiene una sua rilevanza in punto disciplina, si può operare più agevolmente attraverso il riferimento alla cornice edittale originaria, "accompagnata", ma non del tutto sostituita, dalle nuove previsioni sanzionatorie.

In virtù dell'adeguamento operato dall'art. 52 d.lgs. 274/000, che ha ridefinito, con una "clausola generale di sostituzione"¹⁰⁷, per gruppi o scaglioni, le nuove cornici, partendo da quelle contenute nella fattispecie incriminatrice¹⁰⁸, si è quindi in presenza oggi di una "doppia cornice edittale"¹⁰⁹.

¹⁰³ Cfr. sul punto, ancora una volta, le osservazioni di F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 401.

¹⁰⁴ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 406.

¹⁰⁵ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 10.

¹⁰⁶ Cfr. I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 452: "Secondo una percezione laica e nella prospettiva di una prevenzione generale positiva, di orientamento ai valori, la circostanza che il nuovo apparato sanzionatorio di cui si sta parlando risulti sostanzialmente comune alle due specie di reati (stante l'identica sostanza di multa e ammenda, nonostante le innegabili differenze di disciplina nel caso, per esempio, dell'oblazione) finisce di fatto per attenuarne in misura significativa la distinzione". Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva*, cit., 408.

¹⁰⁷ G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni*, cit., 1202.

¹⁰⁸ Cfr. A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 452; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1055.

¹⁰⁹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 286; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 451.

Senza poter qui soffermarci nel dettaglio su aspetti marginali rispetto alla ricerca che stiamo conducendo, non possiamo sottovalutare come tale scelta tecnica si sia rivelata, a volte, foriera di dubbi esegetici¹¹⁰. Nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio, si sono riscontrati orientamenti confliggenti in tema di applicabilità delle sanzioni delineate dal d.lgs. 274/2000 alle ipotesi di reati attribuiti nella forma semplice alla competenza penale del giudice di pace e nella forma aggravata a quella del giudice ordinario, quando si era in presenza di un reato aggravato ma il giudice aveva riconosciuto, in concreto, circostanze attenuanti giudicate equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti. Se, in un primo momento, si sono registrate pronunce favorevoli all'applicazione della sanzione prevista per il reato di competenza del giudice di pace, in quanto il mantenimento della specie di pena prevista per la fattispecie aggravata non si sarebbe giustificato, a seguito del giudizio di cui all'art. 69 c.p., "avendo il reato perduto – proprio "quoad poenam" e per effetto della elisione delle circostanze aggravanti – gli specifici profili di gravità"¹¹¹, più correttamente la giurisprudenza si è successivamente orientata con costanza ad escludere che si possa applicare il trattamento sanzionatorio più lieve di cui al d.lgs. 274/2000 al reato contestato in forma aggravata, se esso non appartiene alla competenza del giudice di pace, essendo quest'ultima una condizione necessaria per l'applicabilità delle sanzioni riformate¹¹².

1.4. La competenza per materia del giudice di pace penale

Il complesso "microcosmo"¹¹³ in cui il giudice di pace è stato chiamato ad operare è caratterizzato, nella volontà espressa dal legislatore della riforma, dalle peculiarità dei reati attribuiti alla sua cognizione, i quali sono stati scelti, almeno parzialmente, tenendo conto delle caratteristiche dell'organo giudicante, ampiamente diffuso sul territorio e "ve-

¹¹⁰ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 118.

¹¹¹ Cass., 18 maggio 2004, n. 28006, in *Cass. pen.*, 2004, 3175.

¹¹² Tra le altre, cfr. Cass., 26 novembre 2008, n. 46133, in *Ced Cassazione* 2008. Cfr. E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 57.

¹¹³ L'espressione è di A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

rosimilmente più sensibile a problematiche conflittuali di importanza “minore” nel contesto della criminalità generale, ma spesso di rilievo consistente nell’ambito di una comunità sociale ristretta”¹¹⁴.

Il vero baricentro del sistema si coglie così nella definizione della competenza per materia, che dipende in massima parte proprio dalla legge delega n. 468/1999, influenzata nel suo contenuto dai tentativi di riforma precedenti¹¹⁵.

In forza delle indicazioni puntuali contenute nella legge delega¹¹⁶ – ed anche tenendo conto dei più recenti interventi di riforma che vi han-

¹¹⁴ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., IX.

¹¹⁵ La delega contenuta nella legge 21 novembre 1991, n. 374 (art. 36) – che, sebbene non esercitata, per prima aveva delineato i confini di una possibile competenza penale del giudice di pace (affrontando il problema della selezione dei reati) – si era orientata verso una prospettiva particolare, che, per evitare l’attribuzione al giudice di pace di una gamma troppo ampia ed eterogenea di illeciti penali, cumulava il criterio della tipologia astratta del reato (devolvendo la competenza per tutte le contravvenzioni) e dell’entità della pena (delitti puniti con multa, anche in alternativa alla reclusione), a considerazioni di tipo qualitativo: doveva trattarsi di illeciti previsti da norme che non presentassero particolari difficoltà interpretative e non dessero luogo a peculiari problemi di valutazione della prova in sede di accertamento giudiziale. Tali criteri, che si giustificavano con la minor qualificazione professionale del giudice e la massima semplificazione del rito, rimanevano comunque eccessivamente scarni e generici e contribuirono, ostacolando l’opera del legislatore delegato, a determinare l’esito infruttuoso del tentativo di riforma. Cfr. G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 109; G. FIDELBO, E. GALLUCCI, *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2002, 11; D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 7 ss.; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 48; E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 1992, 2247; G. SPANGHER, *Sub artt. 36 e 37*, in C. CONSOLO, F. TOMMASEO (a cura di), *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, Cedam, 1996, 278; V. NAPOLEONI, *La “lunga marcia” verso la competenza penale del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 161.

¹¹⁶ Si riporta per completezza il testo dell’art. 15 della legge 468/1999: *Competenza in materia penale del giudice di pace* - 1. Al giudice di pace è devoluta la competenza per i delitti previsti dai seguenti articoli del codice penale: 581 (percosse); 582, secondo comma (lesione personale punibile a querela della persona offesa); 590 (lesioni personali colpose), limitatamente alle fattispecie perseguibili a querela di parte e ad esclusione delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all’igiene del

no variamente inciso – i reati attribuiti alla competenza penale del giudice di pace sono principalmente delitti lievi in materia di incolumità e libertà personale, tutela del patrimonio e tutela dell'onore, nonché alcune contravvenzioni codicistiche “che, in filigrana, lasciano trasparire la presenza di un interesse o, comunque, di una posizione personale significativa per l'integrazione dell'offesa”. Non si tratta certo di forme di criminalità propriamente gravi, ma comunque – come è stato efficacemente illustrato – si è in presenza di espressioni di una microconflittualità insidiosa che, se non deve essere curata drasticamente, “richiede

lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando in tutti i casi anzidetti la malattia abbia una durata superiore a venti giorni; 593, primo e secondo comma (omissione di soccorso); 594 (ingiuria); 595, primo e secondo comma (diffamazione); 612, primo comma (minaccia); 626 (furti punibili a querela dell'offeso); 627 (sottrazione di cose comuni); 631 (usurpazione), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 632 (deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 633, primo comma (invasione di terreni o edifici), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 635, primo comma (danneggiamento); 636 (introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 637 (ingresso abusivo nel fondo altrui); 638, primo comma (uccisione o danneggiamento di animali altrui); 639 (deturpamento e imbrattamento di cose altrui) e 647 (appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o nel caso fortuito).

2. Al giudice di pace è devoluta la competenza per le contravvenzioni previste dai seguenti articoli del codice penale: 689 (somministrazione di bevande alcoliche a minori o a infermi di mente); 690 (determinazione in altri dello stato di ubriachezza); 691 (somministrazione di bevande alcoliche a persona in stato di manifesta ubriachezza); 726, primo comma (atti contrari alla pubblica decenza) e 731 (inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori).

3. Al giudice di pace è inoltre devoluta la competenza per i reati previsti da leggi speciali, da individuare nel rispetto di tutti i seguenti criteri:

- a) reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro mesi, ovvero con una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, ad eccezione di quelli che nelle ipotesi aggravate sono puniti con una pena detentiva superiore a quella suindicata;
- b) reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative o non ricorre, di regola, la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto e per i quali è possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno;
- c) reati che non rientrano in taluna delle materie indicate nell'articolo 34 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ovvero nell'ambito delle violazioni finanziarie.

però un'attenzione pronta e sollecita; come le piccole ferite che occorre disinfettare tempestivamente per scongiurare il rischio di infezioni"¹¹⁷.

Gran parte delle ipotesi di reato attribuite al giudice di pace mettono in luce coerentemente il suo ruolo di “garante della pace sociale nei rapporti interpersonali”¹¹⁸, ma non mancano deviazioni importanti da questo modello, con fattispecie che non “consentono di individuare sullo sfondo l'immagine di un rapporto sociale al cui interno acquista significato un comportamento volto all'eliminazione delle conseguenze del reato”¹¹⁹.

In realtà, già con la legge delega n. 468 erano state operate scelte almeno in parte stridenti con una prospettiva pacificatrice, in particolare se si considerano le contravvenzioni codicistiche e – per quanto riguarda le valutazioni che il governo avrebbe dovuto operare da solo, selezionando le fattispecie della legislazione complementare – alcune indicazioni così stringenti da rendere difficile, al legislatore delegato, delineare un modello perfettamente coerente con le premesse poste¹²⁰.

¹¹⁷ L'affermazione riportata è, come quella precedente, di T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII.

¹¹⁸ G. FIDELBO, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 35; G. FIDELBO, E. GALLUCCI, *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, cit., 13. Così anche G. SPANGHER, *Approvata la legge delega*, cit., 401; V. NAPOLEONI, *La “lunga marcia” verso la competenza penale del giudice di pace*, cit., 162.

¹¹⁹ Cfr. E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 12. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 15.

¹²⁰ Per quanto riguarda i reati previsti da leggi speciali, ferme alcune esclusioni, venivano fissati nella delega due fondamentali criteri da osservare per la delimitazione della competenza del giudice di pace: uno di natura quantitativa, con il riferimento a reati per cui era prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro mesi, ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena (ad eccezione di quelli che nelle ipotesi aggravate sono puniti con una pena detentiva superiore a quella suindicata), ed uno, complesso, di natura qualitativa, per i reati che non presentavano particolari difficoltà interpretative, in relazione ai quali non ricorreva, di regola, la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto e per i quali, infine, era possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno. Cfr. E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 45; G. SPANGHER, *Approvata la legge delega*, cit., 401; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 111.

Dei reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, quelli che meglio si avvicinano ai principi della riforma – in quanto si tratta di reati ispirati “ad un modello criminologico omogeneo”¹²¹, espressivi di microconflittualità tra privati, posti a presidio di interessi individuali e perseguibili, per la quasi totalità, a querela¹²² – sono, senza dubbio, i delitti contenuti nel codice, attribuiti alla competenza penale del giudice di pace dall’art. 4 c. 1, lett. a) d.lgs. 274/2000, in stretta aderenza al dettato della legge delega¹²³.

Emblematici sono, in particolare, soprattutto per la loro frequenza, i delitti contro l’incolumità individuale e la libertà morale (percosse, lesioni personali dolose lievissime e lesioni personali colpose, salve alcune eccezioni, minaccia semplice), i delitti contro l’onore (diffamazione non a mezzo stampa ed ingiuria, almeno, per quest’ultima, fino alla decriminalizzazione operata con il d.lgs. 7/2016) e – tra i delitti contro il patrimonio – i furti minori di cui all’art. 626 c.p., nonché, sempre fino alla recente decriminalizzazione, il danneggiamento semplice.

Quanto in particolare al reato di lesioni, statisticamente assai diffuso, l’attribuzione al giudice di pace della relativa competenza è stata

¹²¹ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 115.

¹²² Le uniche eccezioni sono costituite dall’omissione di soccorso (art. 593) e dal deturpamento ed imbrattamento aggravato di cose di interesse storico o artistico (art. 639 c. 2): M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 104 s.; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 50 s.; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 112 s. Il primo reato è stato sottratto alla competenza del giudice di pace dalla legge 72/2003; il secondo è verosimilmente frutto di una “disattenzione” del legislatore: la previsione del disegno di legge delega (del 1996) che devolveva al giudice di pace il delitto di deturpamento di cose altrui di cui all’art. 639 (all’epoca sempre perseguibile a querela) non è stata coordinata con la sopravvenuta introduzione di un secondo comma all’articolo, in forza della legge n. 352 del 1997, che contempla una sottofattispecie aggravata, perseguibile d’ufficio. Cfr. sul punto P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, 42; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 27, nonché E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 35.

¹²³ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 103.

frutto di una lunga e travagliata gestazione¹²⁴. Nell'art. 4 d.lgs. 274/2000 sono inserite le lesioni dolose lievissime perseguibili a querela di parte, che si caratterizzano per una durata della malattia non superiore ai venti giorni e per l'assenza delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 583 e 585 c.p.¹²⁵, nonché le lesioni personali colpose perseguibili a querela, ma con l'esclusione rilevantissima delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni o relative all'igiene sul lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, qualora la malattia sia superiore ai venti giorni. Dal 2008 sono escluse dalla competenza del giudice di pace anche le lesioni colpose gravi commesse da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (tasso alcoolemico superiore a 1,5 g/l) ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope. Dal 2016, infine, con l'introduzione del nuovo art. 590-*bis* c.p., ad opera della legge 23 marzo 2016 n. 41, è stata sottratta ai magistrati onorari anche la competenza per le lesioni personali gravi e gravissime cagionate colposamente, con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale.

È interessante notare come le lesioni colpose fossero assenti dal disegno originario della legge delega ed il loro inserimento sia stato accompagnato da un acceso dibattito, suscitato principalmente dalle difficoltà di accertamento processuale connesse ai reati colposi.

L'individuazione e la valutazione della regola cautelare attorno alla quale ruota la responsabilità a titolo di colpa e l'accertamento del nesso sono assai complessi – soprattutto in determinati campi (quali la colpa professionale) – e richiedono al giudice un'indagine lunga ed approfondita anche di carattere tecnico-specialistico¹²⁶, che può appesantire notevolmente il processo¹²⁷.

¹²⁴ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 107. Per un'analisi a riguardo cfr. anche G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114.

¹²⁵ Con due limitate eccezioni: lesioni indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'art. 577 c.p.

¹²⁶ Sebbene, come evidenzia G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114, nella Relazione della Commissione Giustizia al disegno di legge,

La ragione della scelta operata è, però, perfettamente comprensibile: l'esclusione avrebbe comportato un ribaltamento della scala di gravità tra forma dolosa e colposa dello stesso illecito, con le lesioni dolose attribuite al giudice di pace, che non può irrogare la pena detentiva, e le corrispondenti figure colpose conosciute dal tribunale e punite con la pena privativa della libertà personale.

Il legislatore ha quindi optato da subito per la soluzione compromissoria dell'attribuzione al giudice di pace di una larga frangia di lesioni colpose anche gravi o gravissime, ma con significative limitazioni sul fronte della colpa professionale e della violazione di norme antinfortunistiche, nonché delle lesioni causative di malattie professionali. Si è però mantenuta anche in questi settori la competenza del giudice di pace per le lesioni lievissime, al fine di garantire la corrispondenza sanzionatoria con le lesioni dolose¹²⁸. Nel 2016, dopo il più circoscritto intervento del 2008 concernente i soggetti in stato di elevata alterazione da alcool o da sostanze stupefacenti, si è completato il quadro delle limitazioni, con esclusione delle "lesioni colpose stradali", ma solo gravi o gravissime.

I delitti contro l'onore di competenza del giudice di pace – quali l'ingiuria, fino alla sua decriminalizzazione, e la diffamazione – sono invece ben compatibili con le caratteristiche del procedimento delineato dal d.lgs. 274/2000 ed in particolar modo con le istanze conciliative che lo animano, senza presentare, sul fronte dell'accertamento, difficoltà particolari¹²⁹.

Quanto alla diffamazione, è tuttavia opportuno precisare che non sono state devolute alla competenza del giudice di pace le ipotesi in cui l'offesa sia arrecata con il mezzo della stampa (o con gli altri mezzi

comunicata alla Presidenza del Senato in data 13 gennaio 1999, si fosse contraddittoriamente precisato che "la delicatezza delle indagini non pare sussista allorché la gravità delle lesioni è così ridotta". Cfr., invece, M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 107.

¹²⁷ A. SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2000, 230.

¹²⁸ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 43; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 51.

¹²⁹ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 106.

indicati dall'art. 595 c. 3) o sia rivolta ai particolari soggetti elencati nel c. 4 dell'art. 595, benché siano pur sempre perseguibili a querela di parte. Le ragioni di tale scelta singolare – se confrontata con le altre effettuate dal legislatore per i delitti, attribuendo al tribunale le sole figure circostanziate procedibili d'ufficio (si veda la minaccia) – si debbono cogliere sul piano della gravità dei fatti e della natura degli interessi coinvolti, “in qualche misura più ampi del mero rapporto tra offeso e offensore”, soprattutto nelle ipotesi di cui al c. 4 dell'art. 595 (in cui essi hanno una natura in qualche misura pubblica)¹³⁰.

Le contravvenzioni previste dal codice penale¹³¹ che sono state attribuite alla competenza del giudice di pace sono oggi ridotte a quattro dall'intervento di depenalizzazione operato con il d.lgs. 8/2016, che ha riguardato l'art. 726 c.p., e riguardano: la somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente (art. 689 c.p.) o a persona in stato di manifesta ubriachezza (art. 691 c.p.), la determinazione in altri dello stato di ubriachezza (art. 690 c.p.) e l'inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori (art. 731 c.p.). Esse sono poste a tutela di interessi sovraindividuali e quindi è assai complicato tentare di ricondurle alla tipologia criminologica emergente dal catalogo di reati fino ad ora esaminati¹³².

La scelta del legislatore può solo con notevole difficoltà essere spiegata alla luce delle caratteristiche del procedimento davanti al giudice

¹³⁰ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114.

¹³¹ Art. 4 c. 1, lett. b, d.lgs. 274/2000: 1. Il giudice di pace è competente: b) per le contravvenzioni previste dagli articoli 689, 690, 691, 726, primo comma (oggi depenalizzato in forza del d.lgs. 8/2016), e 731 del codice penale. Come ricorda S. QUATTROCOLO, *L. 24/11/1999 n. 468 – Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'art. 593 del codice di procedura penale – Analisi*, in *Leg. pen.*, 2000, 1, 5, rispetto alla stesura iniziale del progetto di legge-delega (Progetto C. 1873) il numero di reati è stato drasticamente ridotto soprattutto sul fronte delle contravvenzioni, in quanto molte fattispecie originariamente previste (mendicizia, bestemmia, turpiloquio, omesso avviamento dei minori al lavoro) sono state eliminate nella versione definitiva, anche perché già incluse nella manovra di depenalizzazione avviata con la legge 205/1999.

¹³² E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 44; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 115.

di pace, non presentandosi in sintonia con l'impianto complessivo della riforma¹³³.

Non sono riscontrabili, in questo gruppo, fattispecie che siano adatte ad un percorso conciliativo-mediativo, mancando innanzitutto una persona offesa¹³⁴. La disponibilità di un istituto largamente deflattivo come l'oblazione¹³⁵ e la procedibilità d'ufficio renderebbero in ogni caso difficile pensare in concreto all'utilità di un tentativo di conciliazione, che è imposto dall'art. 29 soltanto per i reati procedibili a querela.

Un giudizio "moderatamente positivo"¹³⁶ sulla loro inclusione nell'elenco di cui all'art. 4 è stato tuttavia formulato da chi ha considerato che tali illeciti penali – di limitata rilevanza statistica – si caratterizzano comunque per la semplicità dello schema legale¹³⁷ e per il particolare contesto in cui si inseriscono: "sullo sfondo di tali fattispecie, pare pur sempre riscontrabile l'immagine di un rapporto sociale, di una relazione intersoggettiva tra consociati"¹³⁸. Come abbiamo già ricordato, si può cogliere, all'orizzonte, "un interesse" o comunque "una posizione personale significativa per l'integrazione dell'offesa" che, se non pare sufficiente per far pensare proficuamente ad una vera e propria riconciliazione, può almeno aprire le porte a qualche forma di intervento di "riparazione", *lato sensu* intesa, nei confronti del privato coinvolto, come

¹³³ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 109. Cfr. anche G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 115 s.

¹³⁴ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

¹³⁵ Cfr. G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 156. Un tanto soprattutto nell'ambito del sistema del giudice di pace dove, come vedremo, sostanzialmente tutte le contravvenzioni sono state rese oblazionabili: F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 109.

¹³⁶ In questi termini: M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

¹³⁷ Quanto alle difficoltà interpretative, è difficile, in ogni caso, fare valutazioni in relazione alla fattispecie astratta, non essendo decisiva la semplicità dello schema legale: A. SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, cit., 230; A. MANNA, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 25.

¹³⁸ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

possiamo leggere in un passaggio della Relazione, per il resto poco cristallino¹³⁹.

In termini ancora più netti rispetto alle contravvenzioni codicistiche, invece, i reati della legislazione complementare attribuiti alla competenza penale del giudice di pace sono del tutto irriducibili ad un conflitto interpersonale riconponibile e sono privi di un danno riparabile¹⁴⁰.

Su di essi ha inciso più sensibilmente il recente intervento di depenalizzazione, ma in generale si può affermare che si discostano dalla fisionomia del “giudice mediatore di conflitti”¹⁴¹, trattandosi di fattispecie incidenti sulle più diverse materie (si va da quelle in materia di lotto e lotterie a quelle in materia di elezioni, ferrovie o farmacie), spesso poste a tutela di interessi diffusi e perseguibili d’ufficio. Essi sono così eterogenei da aver portato un parte della dottrina a considerare vano ogni tentativo di razionalizzazione¹⁴² e ad affermare che non inserire nel d.lgs. 274/2000 i reati della legislazione complementare – che fin dall’estromissione della guida in stato di ebbrezza non incidono statisticamente in modo apprezzabile sulla nuova competenza – avrebbe di certo contribuito ad una maggior coerenza del sistema¹⁴³.

Il quadro si fa più complesso ancora, però, se si considerano le riforme che, dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 274/2000, hanno inciso sul suo assetto originario. Ben prima del più recente e sistematico interven-

¹³⁹ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2.1: “sebbene difficilmente ascrivibili al protocollo criminologico della microconflittualità interindividuale, questi reati sembrano tuttavia ancora modellati sulla caratterizzazione del giudice di pace come “compositore di controversie individuali”: in massima parte rispondono allo schema del reato di pericolo, e dunque tollerano condotte di tipo *lato sensu* riparatorio”. Cfr. C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 53.

¹⁴⁰ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 103. Cfr. altresì G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 27; A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 113 ss.

¹⁴¹ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 48.

¹⁴² D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 119.

¹⁴³ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 52; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 119 s.

to di depenalizzazione e decriminalizzazione operato nel 2016¹⁴⁴, che indirettamente ha riguardato anche il giudice di pace, le più limitate operazioni di sottrazione di competenze – come l’eliminazione del riferimento ai reati di omissione di soccorso comune e stradale nell’art. 4 d.lgs. 274/2000 (art. 593 c.p. e art. 189 c. 6 Codice Strada), operata con la legge 9 aprile 2003, n. 72, e la sottrazione al giudice di pace della competenza in materia di guida sotto l’effetto di alcool, di stupefacenti¹⁴⁵ e di rifiuto di sottoporsi all’accertamento dello stato di ebbrezza, operata con l’art. 5 della legge di conversione 1 agosto 2003, n. 214 del decreto legge 151/2003 e con il decreto legge n. 111/2007, convertito con modificazioni nella legge 2 ottobre 2007, n. 160 e, più recentemen-

¹⁴⁴ Sulla riforma del 2016 ci soffermeremo nel dettaglio più avanti.

¹⁴⁵ In materia si può ricordare una prima fase di incertezze con riferimento al reato di guida sotto l’effetto di stupefacenti, dovuta al fatto che la riforma del 2003 non aveva inserito la frase “per l’irrogazione della pena è competente il tribunale” anche nell’art. 187 Codice Strada, che si limitava a rinviare all’art. 186 c. 2 solo per quanto riguardava il trattamento sanzionatorio. Solo nel 2007 si chiariva in modo definitivo che la competenza a giudicare anche di questo reato apparteneva al tribunale in composizione monocratica (art. 187 c. 1-ter). In una prima ben nota sentenza (Cass., 3 ottobre 2005, n. 35628, in *Il giudice di pace*, 2006, 2, 171 ss.) la Cassazione si era limitata ad un’interpretazione strettamente letterale dell’art. 187 C.d.S., escludendo la competenza del tribunale a favore di quella del giudice di pace. La Corte, chiamata a risolvere un conflitto negativo di competenza, aveva fondato la sua affermazione su di un dato molto semplice: la l. 214/2003 aveva sostituito l’art. 186, introducendo al comma 2 la sopra citata frase in punto competenza e spostando la disciplina del rifiuto dell’adempimento dell’obbligo degli accertamenti dal c. 6 al c. 7. Questo aveva comportato l’eliminazione del riferimento all’art. 186 cc. 2 e 6 dal testo dell’art. 4 c. 1 lett. q del d.lgs. 274/2000, con la conseguente sottrazione del reato alla competenza del giudice di pace, a differenza di quanto era avvenuto per il novellato art. 187 cc. 7 ed 8, che richiamava l’art. 186 c. 2 esclusivamente per la parte relativa all’applicazione delle sanzioni. Successivamente (Cass., 28 marzo 2006, n. 17003, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3732), invece, la Cassazione aveva concluso per la competenza del tribunale in quanto il richiamo all’art. 186, contenuto nel comma 7 del novellato art. 187, doveva intendersi riferito sia al trattamento sanzionatorio che alla disciplina sulla competenza, al fine di evitare che interpretazioni differenziate sul regime processuale esponessero la norma a censure di costituzionalità (la nozione di “sanzioni” veniva ampliata fino a comprendere il giudice competente ad irrogarle).

te, nel 2016, in materia di lesioni colpose stradali¹⁴⁶ – da un lato tradiscono una certa sfiducia nelle capacità del nuovo giudice¹⁴⁷ e dall'altro, ancora più semplicemente, si spiegano con la notevole crescita di allarme sociale, suscitato da frequenti episodi di cronaca nera nell'ambito della circolazione stradale, alla quale il legislatore ha risposto con sanzioni più severe di quelle delineate dal d.lgs. 274/2000¹⁴⁸.

¹⁴⁶ In verità, in tema di conseguenze derivanti da incidente stradale, alcuni dubbi in merito ad un'eventuale sottrazione di alcuni reati colposi alla competenza penale del giudice di pace erano già stati posti in conseguenza della modifica delle pene edittali per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime, apportata dalla legge 21 febbraio 2006, n. 102. Tale riforma, infatti, aveva elevato le sanzioni penali per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime e, in particolare per quanto riguarda le seconde, commesse con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, aveva ridefinito la cornice edittale anche con riferimento alla pena detentiva, “dimenticando” che, con la cognizione del giudice di pace ed il già descritto meccanismo di sostituzione dell'originario quadro sanzionatorio, essa non poteva essere più irrogata. Secondo taluno, quindi, la competenza in materia di lesioni aggravate, ai sensi del nuovo comma 3 dell'art. 590 c.p., doveva spettare al tribunale in composizione monocratica, quale “effetto processuale riflesso della modifica della norma penale” che aveva implicitamente abrogato le norme processuali incompatibili (S. FRATUCELLO, *Quale giudice è competente per il reato di lesioni colpose gravi e gravissime, commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, n. 6, 592). La giurisprudenza, tuttavia, in tempi abbastanza rapidi, superava ogni dubbio, aderendo all'orientamento opposto che aveva escluso ogni indiretta modifica in materia, in forza del dato normativo rappresentato dall'immutato art. 4 del d.lgs. 274/2000, che permetteva di negare che l'inasprimento delle sanzioni avesse toccato i criteri di determinazione della competenza (Cass., 29 novembre 2006, n. 1294, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2008, 1, 49).

¹⁴⁷ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito*, cit., 19 s.

¹⁴⁸ G. PADOVANI, *Omissione di soccorso: aggravamento del regime sanzionatorio ed abolizione della competenza del giudice di pace*, in *Leg. pen.*, 2003, n. 2, 161. Per quanto riguarda la guida sotto l'effetto di alcool, l'irrogazione delle sanzioni del giudice di pace poteva essere addirittura evitata attraverso il ricorso all'oblazione discrezionale, riconosciuta dalla giurisprudenza come pacificamente applicabile, dopo un primo momento di incertezza, alle contravvenzioni punite ex art. 52 con pena alternativa (paradentiva o pecuniaria): Cass., sez. IV, 27 novembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470. Cfr. sul punto A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 312 s.; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 108 s.; S. DOVERE, *Obla-*

Un vero terremoto ha invece investito la competenza penale del giudice di pace a partire dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, che introduceva ed attribuiva alla competenza del magistrato onorario il reato contravvenzionale di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998), punito con una pena pecuniaria singolarmente convertibile in espulsione¹⁴⁹, contestualmente alla previsione di specifiche regole procedurali volte ad aumentare la speditezza del procedimento¹⁵⁰.

Nel 2011, infatti, a seguito della nota sentenza El Dridi della Corte di giustizia, risalente al 28 aprile 2011, con cui la precedente incriminazione prevista dall'art. 14 c. 5-*ter* del d.lgs. 286/1998, di competenza del tribunale, è stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione, la competenza del giudice di pace in materia di reati concernenti l'immigrazione (e più in particolare connessi al procedimento di espulsione ed alla violazione degli ordini di lasciare il territorio dello Stato) veniva ar-

zione: applicabilità anche ai reati di competenza del giudice di pace, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470 ss.

¹⁴⁹ Molto recentemente, con la sentenza 6 dicembre 2012, della Corte di giustizia UE, I sezione, Sagor (causa C-430/11), è stato stabilito che se la Direttiva rimpatri non osta a che il provvedimento di espulsione possa essere adottato anche dal giudice penale, il giudice italiano non può avvalersi della facoltà di sostituire la pena pecuniaria con la misura dell'espulsione ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 286/2012 allorché il caso non rientri in quelli eccezionali previsti dall'art. 7 § 4 della Direttiva, e non vi sia – in particolare – pericolo di fuga dello straniero (§ 48 della sentenza). Cfr. la sentenza in <http://www.penale.contemporaneo.it>.

¹⁵⁰ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc. (Speciale Immigrazione)*, 2009, 5 ss., parla di accertamento giurisdizionale del reato “scaricato sul giudice di pace”. Secondo la disciplina delineata dai nuovi artt. 20-*bis* e *ter* d.lgs. 274/2000, il rito è scandito da ritmi rapidissimi: se il reato è procedibile d'ufficio, in caso di flagranza ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace; salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace; se, invece, ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula richiesta di citazione contestuale per l'udienza ed il pubblico ministero rinvia l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace.

ricchita ulteriormente, con l'inserimento nell'art. 4 c. 2 d.lgs. 274/2000 della lettera *s-ter*¹⁵¹.

Già ad un primo sguardo, queste nuove competenze sono molto distanti dai principi ispiratori della giurisdizione di pace¹⁵².

Si ha la netta sensazione di trovarsi ancora una volta di fronte ad una disciplina avulsa dal contesto "conciliativo" in cui è inserita, funzionale esclusivamente a finalità deflattive. Si ha la sensazione di una contaminazione del modello che si aggiunge a quella di cui si è già parlato analizzando soprattutto i reati della legislazione complementare attribuiti fin dall'origine alla competenza del giudice di pace.

Si ha forse più della sensazione, quasi la certezza, infine, che la giurisdizione di pace sia intesa ora come giurisdizione da soccorrere, ora di soccorso, secondo una visione che "non giova al rodaggio e alla progressiva stabilizzazione del sistema varato dal d.lgs. 274/2000"¹⁵³.

2. La conciliazione e la mediazione

Per quanto riguarda la mediazione penale, ad oggi manca del tutto nel nostro ordinamento – orientato, nei termini già tratteggiati, al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – una compiuta disciplina normativa *ad hoc*.

Com'è noto, le prime esperienze di mediazione si sono imposte, nella prassi, anche come reazione ad una eccessiva marginalizzazione della persona offesa, solo grazie ad una certa flessibilità del procedimento penale minorile delineato dal d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, entro il quale – nel contesto di una procedura funzionalizzata prevalentemente

¹⁵¹ La sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) è consultabile in <http://www.penalecontemporaneo.it>. A seguito del D.L. 23 giugno 2011, n. 89, la competenza del giudice di pace è estesa anche ai reati di cui all'articolo 13, comma 5.2 ed all'articolo 14, commi 1-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

¹⁵² V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 15.

¹⁵³ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 103.

alle esigenze educative del minore¹⁵⁴ e che rappresenta un terreno fertile per la sperimentazione “anche in vista della modernizzazione del diritto penale degli adulti”¹⁵⁵ – gli operatori hanno ritagliato degli spazi per l’applicazione della mediazione pur senza un preciso riferimento ad essa. Sono stati così valorizzati l’art. 9, che disciplina, nella fase pre-processuale, gli accertamenti da condurre sulla personalità del minore, estesi fino a comprendere una procedura riparativa, e che potrebbero portare, sulla scorta degli elementi di valutazione acquisiti, ad una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto anche dopo l’esercizio dell’azione penale¹⁵⁶, e, successivamente al rinvio a giudizio, soprattutto l’art. 28, che riguarda la sospensione del processo con messa alla prova, entro la quale, in vista dell’estinzione del reato, la mediazione si configura come una particolare modalità di trattamento orientata in prospettiva special-preventiva, in quanto il giudice, nell’ambito del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili, può impartire prescrizioni “dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 26.

¹⁵⁵ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 145.

¹⁵⁶ In senso critico cfr. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 125 e B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano?*, cit., 11 s. Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 296 ss.

¹⁵⁷ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 217; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 42 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1010; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 953; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 256; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 296; F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 194 ss.; M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione*, cit., 17; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 122 ss.; M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 210 s.; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, 130 ss.; ID., *La giustizia senza spada*, cit., 254 ss. L’Autrice (pag. 274) sottolinea come la giurisprudenza sia unanime nel richiedere l’ammissione di responsabilità da parte dell’imputato, per poter addivenire alla sospensione del processo

Per quanto riguarda il processo penale degli adulti, invece, le esperienze pratiche non hanno preceduto gli interventi normativi. Si è attesa la riforma del giudice di pace prima di iniziare a parlare concretamente di mediazione penale, anche se proprio tale normativa, che l'ha riconosciuta formalmente, si presenta sul punto poco coraggiosa ed offre unicamente una forma embrionale di regolamentazione della materia¹⁵⁸.

2.1. *Precisazioni terminologiche*

Abbiamo già dedicato, nel presente lavoro, un certo spazio ai profili definitori, evidenziando come la nozione di giustizia riparativa sia ampiamente dibattuta e come, in alcune fonti normative sovranazionali, quali, in particolare, la Risoluzione ONU del 2002, si tenda a distinguere tra processi ed esiti riparativi.

La mediazione penale è, senza dubbio, la forma più diffusa e studiata di processo riparativo. Non solo – come la Direttiva 2012/29/UE sulle vittime di reato pare confermare – si tende frequentemente ad identificarla con la *restorative justice* stessa, ma in ambito europeo, dove i modelli di giustizia riparativa sono quasi esclusivamente riferibili alla mediazione¹⁵⁹, essa è stata espressamente disciplinata nella Raccomandazione N. R (99)19 e nelle *Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale*, risalenti al 2007, della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia.

con messa alla prova. Per un'analisi dell'istituto cfr. anche S. LARIZZA, *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 97 ss.

¹⁵⁸ Prima di questa riforma, come vedremo, erano stati previsti, nel codice di procedura penale, unicamente dei tentativi di conciliazione, condotti dal p.m. o dal giudice, nonché, come rileva G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 21, il compito di composizione bonaria dei conflitti disciplinato dal T.U.L.P.S. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in capo all'autorità di pubblica sicurezza, per mezzo dei suoi ufficiali ed a richiesta delle parti. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 302.

¹⁵⁹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 90, nt. 17.

Abbiamo già analizzato le caratteristiche del mediatore, definendolo come un soggetto terzo, indipendente e qualificato, ma privo di potere e quindi diverso dai soggetti tradizionali del processo penale: dal pubblico ministero e dal giudice¹⁶⁰. La mediazione deve consentire infatti di realizzarsi di un vero spazio di confronto, distante dalle aule e dalle autorità giudiziarie, in modo tale da evitare del tutto che eventuali elementi fattuali emergenti dal dialogo giungano a conoscenza di queste ultime¹⁶¹.

La nozione di “conciliazione” è molto più vaga e poco indagata in ambito penale, potendosi, in qualche modo, identificare con un’*intesa*, valorizzata appunto soprattutto in sede civile, che promuove di norma lo stesso organo giudicante all’interno del giudizio, “rinunciando ad una qualità discorsiva “inquisitoria” per favorire, viceversa, il dialogo fra le parti”¹⁶², con i limiti – sotto il profilo del grado di approfondimento del conflitto in chiave facilitativa – che tuttavia gli derivano dalla sua peculiare posizione¹⁶³. Secondo una certa dottrina, invece, più attenta alla declinazione penalistica dei termini, la conciliazione penale si potrebbe definire come una mera finalità, diversa dalla mediazione che rappresenterebbe la modalità privilegiata di raggiungimento di quello scopo¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Si rinvia sul punto al capitolo 2 del presente lavoro. Cfr., altresì, V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 366 s.

¹⁶¹ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 61.

¹⁶² G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 15.

¹⁶³ Sempre G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 6, definisce la conciliazione come un fenomeno, conosciuto soprattutto nel diritto privato, che rinvia ad una vasta gamma di istituti: la conciliazione giudiziale (cui ci si riferisce nel testo principale) e le forme di conciliazione esterna al processo, su base contrattuale (transazione ed arbitrato).

¹⁶⁴ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 55; D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello “autoritario”: affresco idilliaco o strada percorribile?*, in *Indice Pen.*, 2007, 488; C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 113. Non molto distante è la posizione di F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 72, quando parla di “quelle particolari tecniche” e di “quel particolare risultato che sono, rispettivamente, la “mediazione” e la “conciliazione”.

La sostanza non muta di molto, perché in entrambe le ipotesi è la nozione di mediazione, più precisa e caratterizzata, a fare la differenza.

Di tentativo di conciliazione, per esempio, si parla, a partire dalla riforma di cui alla legge 16 dicembre 1999, n. 479, nel rito davanti al tribunale in composizione monocratica, nell'ambito dell'udienza di comparizione (art. 555 c. 3 c.p.p.), così come si parlava di esso nel processo pretorile, dove, tuttavia, era stabilito che vi provvedesse direttamente il pubblico ministero nella fase in cui, dovendo acquisire elementi anche a favore dell'indagato, non aveva ancora assunto propriamente la qualità di parte¹⁶⁵. Nel procedimento conciliativo davanti al tribunale, in ogni caso, è espressamente previsto che il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, si limiti formalmente, anche se in via obbligatoria, a verificare se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione¹⁶⁶.

Qualcuno potrebbe forse ritenere che la conciliazione (o, più precisamente, il tentativo di conciliazione condotto dal giudice) sia riconducibile, in qualche modo, nell'ambito della giustizia riparativa, come forma di processo in cui

la vittima, il reo (e, dove è opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità che abbia subito le conseguenze di un reato) partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte, con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore (*ECOSOC Resolution 2002/12*)¹⁶⁷.

¹⁶⁵ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 34. Cfr. anche E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 274; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 473; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 115; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 361; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 22.

¹⁶⁶ E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257. Non è previsto che si possa procedere ad un rinvio dell'udienza, né avvalersi dell'attività dei centri di mediazione: G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 107.

¹⁶⁷ Non molto diversa è, sul punto, la definizione contenuta nella Direttiva.

Tuttavia, la presenza al confronto, anche se composta, di colui che sarà chiamato a decidere, o comunque, ancora più in generale, di chiunque rivesta un ruolo autoritativo all'interno del procedimento giudiziario suscita molti interrogativi sulla compatibilità con i principi. Stando alle fonti sovranazionali già esaminate, poi, l'alterità tra il facilitatore (o il terzo imparziale che deve gestire la procedura) e l'autorità giudiziaria costituisce una sorta di presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo¹⁶⁸.

Se si può affermare a chiare lettere che una conciliazione condotta dal giudice non può essere qualificata come mediazione¹⁶⁹, appare utile rilevare come il legislatore italiano – che in altri punti è parso alla dottrina meno preciso per la necessità di fare tutto in poco tempo, fino a generare un prodotto normativo linguisticamente impreciso¹⁷⁰ – abbia colto una certa differenza tra la conciliazione e la mediazione o, quanto meno, l'assoluta peculiarità del ruolo del mediatore, quando ha elaborato la riforma di cui si discute. Nel testo del d.lgs. 274/2000 possiamo notare infatti come il ruolo di facilitatore della conciliazione sia affidato al giudice, mentre quello di mediatore sia affidato a strutture e centri esterni, anche se i confini tra la funzione di conciliazione e quella di mediazione rimangono tracciati in modo poco netto e può dirsi mancan-

¹⁶⁸ G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss. Basti considerare che proprio nella ECOSOC Resolution 2002/12, all'art. 21, si richiede che vengano instaurate consultazioni regolari tra le autorità giudiziarie ed i soggetti deputati alla gestione delle procedure riparative (diversi quindi dalle prime!) per sviluppare un comune sentire e garantire l'effettività dei processi e degli esiti riparativi. Così, nella citata nuova Direttiva 2012/29/UE, sulla protezione delle vittime di reato, fin dall'art. 1, i contatti con i servizi di giustizia riparativa sono distinti dai contatti che ha la vittima con le autorità operanti nell'ambito del procedimento penale. Cfr. altresì L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 140.

¹⁶⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 306.

¹⁷⁰ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

te una esatta consapevolezza circa il ruolo della mediazione nel perseguimento della finalità conciliativa¹⁷¹.

Una netta confusione è invece rinvenibile nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, dove si parla erroneamente, in più punti, di giudice di pace come mediatore¹⁷².

2.2. *Disciplina della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace: criticità*

Il legislatore, nel fissare i principi generali del rito davanti al giudice di pace, ha inteso metterne da subito in risalto il tratto caratteristico: “quello di una disciplina processuale orientata, in senso finalistico, verso soluzioni conciliative e, quindi, non conflittuali, della controversia”¹⁷³.

Abbiamo già ricordato come l’affermazione di cui all’art. 2 c. 2 d.lgs. 274/2000 abbia il carattere di un indirizzo generale, leggermente temperato solo dall’inciso “per quanto possibile”, che tuttavia ha una valenza non trascurabile.

La conciliazione nel corso dell’intero procedimento non può mai considerarsi, infatti, un obiettivo imprescindibile, in quanto la praticabilità di percorsi riparativi è comunque subordinata alla disponibilità delle parti di darvi corso¹⁷⁴. Il giudice di pace deve sempre valutare l’ipotesi conciliativa, tentando l’avvicinamento di imputato e persona offesa, ma non può imporla: si ritrarrà nel caso in cui manchi del tutto la loro disponibilità.

¹⁷¹ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 140 s.; G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 20.

¹⁷² La Relazione di accompagnamento, ad esempio, parla di “ruolo attivo, di mediatore, del giudice di pace” (Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2), di “microcosmo conciliativo-punitivo del giudice di pace, istituzionalmente destinatario delle domande di giustizia dei privati in qualità di organo di mediazione, di composizione e di risoluzione dei microconflitti sociali” (Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6). Cfr. sul punto anche G. VARASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 43.

¹⁷³ D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 13.

¹⁷⁴ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 231.

Esaminando più in dettaglio la disciplina in tema di conciliazione/ mediazione offerta dalla riforma del giudice di pace, possiamo evidenziare come il momento principe, deputato al componimento del conflitto, sia stato individuato nell'udienza di comparizione, di cui all'art. 29 del d.lgs. 274/2000¹⁷⁵. Il tentativo di conciliazione qui delineato, con una certa articolazione¹⁷⁶, per i reati perseguibili a querela, è doveroso e tutt'altro che formale¹⁷⁷.

Con riferimento al primo aspetto (doverosità del tentativo), come ha chiarito la Cassazione, l'intransigenza è tuttavia coerentemente più apparente che reale. La previsione di cui all'art. 29 c. 4 non può sfuggire alla discrezionalità del giudice – il quale è chiamato a promuovere la conciliazione “solo quando lo ritenga possibile” – ed infatti, per tale ragione, essa è priva di sanzione in ipotesi di violazione. Così, qualora il querelante non dia segni di disponibilità alla conciliazione od in analoga situazione versi il querelato, il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non può essere censurato, anche perché “in caso contrario, si attribuirebbe alla norma una funzione dilatoria, inconciliabile con il principio di economia processuale che la ispira”¹⁷⁸. A prescindere dal richiamo finale a principi di economia – che si può solo parzialmente condividere per quanto già descritto – la conclusione della giurisprudenza era prevedibile alla luce dei principi generali.

Quanto al secondo profilo (non formalità del tentativo), l'art. 29 prevede che, durante l'udienza di comparizione, il giudice di pace – verificata la regolarità delle notificazioni e costituite le parti – sia chiamato a *promuovere* la conciliazione, in tutti i casi di reati perseguibili a querela. Il suo ruolo è stato definito “*proattivo* nel perseguimento di quel fine e non semplicemente *reattivo*, di mera presa d'atto delle conciliazioni intervenute tra le parti”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 269; E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42.

¹⁷⁶ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257.

¹⁷⁷ Cfr. G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 114.

¹⁷⁸ Cass., 6 dicembre 2004, n. 4002, in Ced Cassazione 2005.

¹⁷⁹ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 55.

A tale scopo, “qualora sia utile”, il giudice può disporre, anche d’ufficio, un rinvio dell’udienza per un periodo non superiore a due mesi (termine ordinatorio)¹⁸⁰, all’interno del quale le parti possono meglio riflettere anche sulle proposte formulate in udienza in vista di un eventuale accordo, condurre contatti extraprocessuali o anche semplicemente capire se sono o meno disposte a mediare il loro conflitto¹⁸¹.

In questo spazio, “ove occorra”, il giudice di pace può poi ricorrere all’attività di mediazione svolta da centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio¹⁸².

Per la prima volta, grazie a questa norma, è stata così riconosciuta in modo formale all’interno dell’ordinamento italiano la “mediazione penale”, “il più significativo strumento di attuazione della funzione conciliativa”¹⁸³, collocando espressamente le relative pratiche in una precisa fase del procedimento¹⁸⁴. Come è stato affermato, si sono aperte “le porte del processo all’intervento di organismi dotati di maggiore “prossimità” sociale alle posizioni dei soggetti coinvolti e di una peculiare specializzazione nell’affrontare la tipologia di conflitto”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 215; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257.

¹⁸¹ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 138 s.; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 274 s.; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 364; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 70.

¹⁸² E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 289; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 472; E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42; K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. La prospettiva tedesca*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, cit., 15.; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 65.

¹⁸³ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251.

¹⁸⁴ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 232; L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 139; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 85; V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 60. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 51, parla di prima ed unica formalizzazione normativa della mediazione penale.

¹⁸⁵ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

Al di là dei già affrontati profili definitivi, in termini più generali, la dottrina ha spesso, condivisibilmente, posto l'accento sull'assoluta incompatibilità tra l'atto del decidere e quello del facilitare il raggiungimento di una composizione: se il giudice di pace è chiamato a favorire questo esito, non dovrebbe essere lui a processare e sanzionare¹⁸⁶. La soluzione che il legislatore italiano ha fatto propria è però chiaramente diversa, prevedendo in capo a tale organo giudicante – nonostante lo svolgimento di un'udienza pubblica – un compito propositivo, di stimolo della soluzione compositiva¹⁸⁷, disciplinando solo come facoltativo l'invio del caso in mediazione ed introducendo nell'art. 29 unicamente il divieto di utilizzare ai fini della deliberazione le dichiarazioni rese durante la procedura di conciliazione (che quindi non potranno confluire nel materiale probatorio ed essere utilizzate ai fini decisori, neppure attraverso il meccanismo delle contestazioni)¹⁸⁸.

Questa soluzione, considerata da taluno comunque preferibile rispetto alla scelta di attribuire la veste di mediatore al pubblico ministero¹⁸⁹, non è convincente: anche a prescindere dalle discussioni sorte sulla necessità, da escludere, di verbalizzare le dichiarazioni rese in questa fase¹⁹⁰, è difficile ritenere che il giudice di pace non sarà minimamente

¹⁸⁶ M. BOUCHARD, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione*, cit., 30; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 240; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 181; L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 140. Sul punto si esprimeva criticamente già S. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, cit., 28.

¹⁸⁷ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 289; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 208. L'Autrice sottolinea la differente formulazione di questo articolo rispetto all'art. 555 c.p.p., ove il tentativo di conciliazione si risolve in una presa d'atto della volontà dei soggetti coinvolti.

¹⁸⁸ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 366; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1009; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 115; C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 216; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 307.

¹⁸⁹ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 260.

¹⁹⁰ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 216, nt. 167, ritiene, criticabilmente, necessaria la verbalizzazione, perché altrimenti non avrebbe alcun senso il divieto di utilizzazione di quelle dichiarazioni ai fini della successiva deliberazione.

influenzato, nella successiva celebrazione del processo, da un'eventuale ammissione di colpevolezza, da dichiarazioni rese informalmente, o anche solo da un atteggiamento aggressivo o poco collaborativo, manifestato da una parte durante un tentativo di conciliazione con esito negativo¹⁹¹. Anche se sembrano mancare i presupposti per far ritenere che l'attività conciliativa del giudice generi profili di formale incompatibilità per il successivo giudizio¹⁹², solo se il giudicante – che comunque, alla fine, è chiamato a decidere “anche a costo di ulteriori lacerazioni”¹⁹³ – riesce a non mescolare la propria funzione con quella di un vero e proprio mediatore, non sarà pregiudicato nella sua capacità valutativa e manterrà più facilmente una giusta distanza dalle parti, nel momento in cui andrà a decidere sul merito¹⁹⁴.

Allo stesso tempo, secondo taluno, con un giudice-mediatore, pur se le probabilità di successo potrebbero essere apparentemente più elevate per l'autorevolezza della figura coinvolta¹⁹⁵, la consapevolezza dell'im-

¹⁹¹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 241; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 262; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 275 s. P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 930, sottolinea come possa sorgere qualche preoccupazione, se il magistrato non si è impegnato in modo equilibrato.

¹⁹² E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 45 s. evidenzia come le cause di incompatibilità siano tassative e come la giurisprudenza sia orientata nel senso che non può verificarsi incompatibilità all'interno della medesima fase processuale.

¹⁹³ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

¹⁹⁴ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 369; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 65; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 44; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311; K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 16; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 128; ID., *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 192. Una certa imprecisione nei termini utilizzati (giudice come mediatore del conflitto), in qualche modo facilitata da questa normativa, si riscontra anche in parte della dottrina: M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 60; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 206.

¹⁹⁵ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 368.

putato e della persona offesa di trovarsi di fronte a chi dovrà eventualmente accertare la responsabilità penale non potrà che rappresentare un ostacolo alla manifestazione di una disponibilità conciliativa sincera ed effettiva¹⁹⁶. L'imputato, in particolare, di rado accetterà di riconoscere, seppure nelle linee essenziali, i fatti a lui contestati e si aprirà ad un dialogo proficuo¹⁹⁷.

Un punto di equilibrio sul ruolo del giudice può essere tuttavia cercato in via interpretativa, con una soluzione compromissoria che appare più rispettosa del principio per cui ogni processo deve svolgersi davanti ad un giudice terzo ed imparziale (art. 111 c. 2 Cost.). Essendo per il giudice di pace obbligatorio esperire il tentativo di conciliazione, egli può dirsi tenuto a verificare sempre il possibile raggiungimento di un accordo tra le parti in vista della remissione della querela. Qualora tuttavia diventi necessario svolgere approfondimenti sul contenuto o sulle origini del conflitto¹⁹⁸, o la conciliazione appaia ostacolata da una difficoltà di dialogo tra le parti, dovrà fermarsi, aprendo le porte, dove materialmente possibile, alla mediazione penale vera e propria ("e pertanto *extragiudiziale*")¹⁹⁹. Il giudice dovrebbe ricordare che tale strumento, anche in funzione preventiva²⁰⁰, può essere più efficace nel gestire il conflitto in luoghi riservati, fuori dalle aule giudiziarie, da un'udienza pubblica²⁰¹ – con l'ascolto, l'espressione dei vissuti e delle emozioni,

¹⁹⁶ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 208; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311.

¹⁹⁷ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 307.

¹⁹⁸ L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 65. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 72 ritiene che il giudice possa gestire direttamente la conciliazione, se tale finalità è assorbita completamente da esigenze risarcitorie.

¹⁹⁹ L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 66.

²⁰⁰ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa*, cit., 209.

²⁰¹ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 44. V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 258 riterrebbe comunque preferibile l'istituzione di un'udienza camerale, per lo svolgimento dell'attività conciliativa.

“il dedicarsi alle persone coinvolte”²⁰² – e quindi nel ricomporlo fin dalle radici con soluzioni riparative.

La mediazione, in conclusione, nelle mani di una persona che ha competenze professionali specifiche, utili a favorire la comunicazione ed il raggiungimento di un accordo che sia mutualmente condiviso, dovrebbe qualificarsi come il “procedimento conciliativo naturale”²⁰³, mentre l’udienza, anche per ragioni di maggior efficienza, dovrebbe rappresentare solo un momento di eventuale formalizzazione degli effetti della composizione del conflitto.

In merito alla scelta delle parti, alla luce delle indicazioni elaborate a livello sovranazionale – per quanto riguarda la vittima, anche in seno alla Direttiva UE – e, comunque, in considerazione della natura stessa dei percorsi mediativi, deve considerarsi pacifico, ancorché non espressamente previsto, che l’accesso ad essi sia libero e volontario²⁰⁴, con preclusione di ogni forma di coercizione, pressione, ricatto²⁰⁵. Qualora il dissenso sia manifestato solo nel corso della procedura, questa dovrà essere interrotta.

Non avendo il processo mediativo acquisito alcun valore processuale proprio, ma essendo – al contrario – asservito “ad un momento processuale ulteriore ed indipendente”²⁰⁶, come anticipato, l’art. 29 si riferisce espressamente, per il tentativo obbligatorio di conciliazione, solo ai reati perseguibili a querela. A tale riguardo, non è secondario evidenziare come la legge delega n. 468 del 1999 auspicasse un aumento del numero di reati procedibili a querela di parte – con l’inserimento dell’estensione della perseguibilità a querela tra i principi ed i criteri direttivi del procedimento penale davanti al giudice di pace (art. 17 lett. a) – e come, comunque, essa non circoscrivesse l’operatività della media-

²⁰² C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 125.

²⁰³ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 72. Così G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 82.

²⁰⁴ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 62. Cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 108 ss.

²⁰⁵ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 363.

²⁰⁶ B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano?*, cit., 8.

zione ai soli procedimenti per reati perseguibili a querela di parte (art. 17 lett. g, prevedendo un tentativo di conciliazione sugli aspetti riparatori e risarcitori conseguenti al reato)²⁰⁷.

Nonostante il tenore dell'art. 29, una parte della dottrina ha così evidenziato – soprattutto per ragioni “simboliche”, in considerazione del limite logico rappresentato comunque dalla necessaria esclusione dei reati volti a tutelare interessi sovraindividuali, “per i quali non è identificabile una singola persona offesa con la quale instaurare questo rapporto conciliativo”²⁰⁸ – come non si debba limitare il percorso conciliativo e mediativo ai reati perseguibili a querela di parte, in vista di una sua remissione²⁰⁹.

Si coglie infatti una contraddizione tra l'art. 2 e l'art. 29 c. 4 d.lgs. 274/2000, in quanto il primo non si riferisce solo ai reati perseguibili a querela, né circoscrive l'obbligo conciliativo ad un dato momento processuale.

Il principio di conciliazione delineato dall'art. 2, costituendo il “connotato fondamentale della nuova giurisdizione”²¹⁰ ed essendo riferibile a tutte le attività esperite nel corso del procedimento²¹¹, può sollecitare un intervento del giudice nella prospettiva della composizione del conflitto anche fuori dai limiti tracciati dall'art. 29, sia sotto il profilo dei reati coinvolti che, addirittura, sotto quello temporale.

²⁰⁷ A. GIARDA, *Principi e regole del “procedimento”*, cit., 81. Sul secondo aspetto, cfr. E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 274.

²⁰⁸ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 358. V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 258 parla di “soggetto-persona fisica offeso dal reato”, evidenziando come appaia poco vicino alla struttura ed alle finalità della mediazione ipotizzarne l'applicabilità per quelle ipotesi in cui il soggetto titolare dell'interesse offeso dal reato sia una persona giuridica, soprattutto se pubblica. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 321 ss., individua le fattispecie mediabili nell'ambito di questo sistema distinguendo tre gruppi: i delitti contro l'onore, i delitti offensivi di interessi individuali disponibili e quelli offensivi di interessi personali indisponibili.

²⁰⁹ Cfr. E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 11; ID., *Giudizio di primo grado*, cit., 290; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 74. *Contra*, però, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 232.

²¹⁰ D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 34.

²¹¹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 363.

Se, con la procedibilità a querela, il problema dei riflessi processuali dell'esito è risolto perché (in ipotesi di riuscita del tentativo) viene semplicemente redatto processo verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all'articolo 21 e la relativa accettazione – essendo devoluti all'offeso i più ampi poteri in ordine alla gestione del processo – non si devono sottovalutare le ulteriori potenzialità del principio²¹².

La mediazione può essere valorizzata in vista dell'applicazione dell'art. 34, l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, nel tentativo di superare la contraria volontà della persona offesa, tacitando il suo bisogno di tutela e riempiendo, con l'incontro di mediazione, "l'apparente vuoto di giustizia"²¹³. È stato addirittura affermato che, solo in caso di fallimento della pratica di mediazione attivata presso centri o strutture esterne, si potrà negare la pronuncia ex art. 34, in presenza di tutti i presupposti che caratterizzano il fatto come di *particolare tenuità*²¹⁴.

Nonostante qualcuno abbia pensato ad una, almeno parziale, eterogeneità di funzioni svolte dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 (estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie) rispetto alla mediazione²¹⁵, quest'ultima, in relazione alle condotte riparatorie, può stimolare il superamento dell'ancoraggio ai profili meramente materiali della vicenda, mettere in luce gli sforzi di pacificazione del reo e sollecitare le condotte rilevanti per l'estinzione del reato, anche a prescindere dall'atteggia-

²¹² V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 259; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 69 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 313.

²¹³ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 129; L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 145. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 57, 75.

²¹⁴ Così L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 68 s.

²¹⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182 afferma che le condotte riparatorie non avrebbero una *ratio* conciliativa.

mento della persona offesa, quando esse siano congrue²¹⁶. In questo senso la mediazione può contribuire ad escludere l'eventualità che la riparazione si inserisca solo all'interno di un rapporto privatistico tra vittima e reo²¹⁷ e, anche se può apparire paradossale, può stimolare una forma fattiva di composizione del conflitto, da riconoscersi (se necessario) anche coattivamente, di fronte ad una persistente ed ingiustificata volontà punitiva della stessa vittima.

Quanto ai limiti temporali per promuovere la composizione del conflitto, la disposizione di cui all'art. 2, che dilata gli angusti confini tracciati dall'art. 29, è perfettamente coerente con le direttive sovranazionali, che prevedono che la mediazione sia praticabile in ogni fase del procedimento penale (§ 4 Racc.). Sarebbe opportuno, allora, valorizzare tale indicazione al fine di anticipare il più possibile la procedura riparativa, affinché essa intervenga "in una fase quanto più prossima alla commissione del reato, non ancora "contaminata" dalla logica del processo, quando non sono stati ancora incardinati i presupposti per una risoluzione autoritativa del caso"²¹⁸. Come è stato evidenziato, per esempio, potrebbe ben essere la stessa polizia giudiziaria – presso la quale viene presentata la querela – o il pubblico ministero ad invitare le parti ad andare presso un centro di mediazione o, quanto meno, a fornire loro tutte le informazioni utili per un percorso riparatorio²¹⁹.

²¹⁶ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 75; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 320. Cfr. anche M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 270.

²¹⁷ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 235; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 130; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 325.

²¹⁸ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360.

²¹⁹ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 67 s., il quale si sofferma tuttavia sulle possibili ricadute negative di tale scelta sul piano delle garanzie, in ipotesi di esito negativo della mediazione. Cfr. anche C. TARFUSSE, *Scelte di politica giudiziaria nella formulazione delle imputazioni da parte della pubblica accusa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 39; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 58; E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al*

Un profilo assai problematico sul fronte delle garanzie attiene, da ultimo, al rapporto tra il principio conciliativo e la già citata tematica del riconoscimento dei fatti rilevanti, quale presupposto per la mediazione. La questione è particolarmente attuale, se si considerano le indicazioni della Direttiva 2012/29/UE, sulla tutela delle vittime di reato (ai sensi dell'art. 12, infatti, è necessario che l'autore abbia riconosciuto "i fatti essenziali del caso").

L'art. 29 non prevede nulla al riguardo ed il problema può essere allora adeguatamente affrontato ricorrendo, ancora una volta, alle linee guida sovranazionali. Esclusa in generale la necessità di un previo riconoscimento di responsabilità in senso tecnico da parte dell'imputato, ed escluso, alla luce di un ruolo di stimolo auspicabilmente contenuto dell'autorità giudicante, che il giudice di pace debba procedere ad accertamenti in tal senso nell'ipotesi in cui conduca da solo il tentativo di conciliazione, il riconoscimento dei fatti principali o, almeno, una mancata contestazione degli stessi, può considerarsi una condizione di fattibilità della mediazione, che non necessariamente il giudice, ma piuttosto il singolo mediatore dovrà autonomamente accertare all'inizio della procedura riparativa, sempre che già in udienza l'imputato non si opponga ad essa²²⁰. I mediatori, infatti, sono chiamati a verificare la praticabilità del programma, contattando le parti ed illustrando loro dettagliatamente la sua natura e finalità, il suo carattere confidenziale, nonché gli esiti di natura processuale che esso può comportare²²¹.

giudice di pace, cit., 39; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311 s.

²²⁰ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 365, si sofferma su questa problematica. Come rileva G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 40, se le parti sono in disaccordo sulla credenza del fatto, la mediazione si rivela uno strumento improprio, inadatto a risolvere il conflitto. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 315 s. sottolinea l'importanza di evitare il coinvolgimento di soggetti estranei ai fatti. Anche F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 195 distingue le affermazioni rese davanti ai servizi da quelle rese davanti all'autorità giudiziaria. Solo le prime rileverebbero per il giudizio da svolgere in merito all'opportunità di dare corso alla mediazione ed ogni dichiarazione resa in quella sede sarebbe sottratta alla disponibilità del magistrato.

²²¹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 372.

Questa separazione di compiti tra mediatori e giudici garantisce il rispetto del principio di non colpevolezza (art. 27 c. 2 Cost.) anche se, in questa prospettiva, quello che deve rimanere fermo, innanzitutto, è il principio per il quale la disponibilità dell'imputato ad esplorare le possibilità conciliative non può essere interpretata come tacita ammissione di responsabilità (§ 14 Racc.; 8 Principi Base)²²².

2.3. I facilitatori della mediazione

La peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace è evidente se si considera il possibile intervento di tecnici (soggetti specializzati nel favorire il raggiungimento di una soluzione conciliativa), attraverso la mediazione: trattasi di “centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio” (e quindi non di privati cittadini o liberi professionisti)²²³.

Nella legge non si rinvencono altri riferimenti a questi collaboratori, che pur dovrebbero rivestire un ruolo fondamentale nell'ambito di un giudizio di pace²²⁴, e se il *self-restraint* potrebbe forse giustificarsi con la volontà del legislatore di rispettare l'autonomia delle pratiche meditative, molto più concretamente e plausibilmente non si può escludere che il richiamo generico e frettoloso a tali enti, contenuto nell'art. 29, sia dovuto solo ad una perdurante diffidenza – o almeno “carente familiarità”²²⁵ – nei confronti delle strutture meditative di cui il giudice di pace potrebbe e dovrebbe avvalersi proficuamente.

Quanto alla disciplina, possiamo trovare solo un'utile indicazione nel codice di procedura penale. Ferma la già citata inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti ai fini della deliberazione, trattandosi i mediatori di ausiliari del giudice, anche a prescindere dalle garanzie di riservatezza di fonte sovranazionale, essi non possono essere assunti come testimoni nell'eventuale prosieguo del processo (art. 197 c.p.p.).

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, però, sulla scorta delle linee guida europee ed internazionali – e come è stato ribadito dalla

²²² E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 41.

²²³ R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 85; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

²²⁴ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

²²⁵ R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 86.

Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che richiede dei “servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti” – è assolutamente irrinunciabile che i mediatori siano adeguatamente formati, in materie diverse, ivi comprese quelle giuridiche. A tale riguardo si richiede che essi conoscano il sistema di giustizia penale (§ 24 Racc.), mentre le Linee guida del CEPEJ (§§ 19 e 20) si soffermano sulla necessità di approfondire il quadro normativo di riferimento in materia.

Non vi è dubbio, infatti, che il rapporto tra due mondi originariamente molto distanti, quello del diritto da un lato e quello della mediazione dall’altro, non sia facile, ma nel momento in cui quest’ultimo si innesta nel sistema di giustizia penale è indispensabile trovare dei canali di comunicazione efficaci tra le due realtà, innanzitutto rendendo i mediatori consapevoli delle possibili conseguenze processuali di un determinato esito mediativo²²⁶.

Se è vero, in generale, che in questi casi il diritto penale, in qualche misura, delega la soluzione della controversia ad agenzie extragiudiziarie e, una volta esaurito il percorso con esito positivo, si riappropria del risultato “metabolizzandolo attraverso meccanismi archiviatori o estintivi del reato”²²⁷, la scelta del tipo di rilievo da dare all’esito dell’*iter*, di competenza del giudice, non è certo irrilevante per il mediatore che è chiamato a redigere il verbale e ad informare sul punto adeguatamente le parti coinvolte.

In ipotesi di remissione della querela la conclusione è obbligata, ma, negli altri casi, quando il querelante o il ricorrente persistano nella loro volontà punitiva anche a fronte delle condotte riparatorie dell’imputato, lo spettro delle soluzioni può essere molto ampio: estinzione del reato *ex art. 35*, particolare tenuità del fatto, attenuante²²⁸, in considerazione del fatto che non appare corretto “far ricadere sull’imputato le conse-

²²⁶ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 50, parla di un dialogo che deve avvenire comunque secondo regole e logiche giuridiche.

²²⁷ G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 25.

²²⁸ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 62.

guenze negative derivanti da un fallimento del tentativo di mediazione non ascrivibile a sua colpa”²²⁹.

Ferma la necessità di un’ampia e continua formazione dei mediatori anche in ambito giuridico, è importante che l’autorità giudiziaria e soprattutto il giudice di pace, se ci si riferisce al sistema delineato dal d.lgs. 274/2000, sviluppi uno sguardo esperto sulle pratiche mediative per riuscire a selezionare i fascicoli più appropriati²³⁰ al percorso riparativo e per leggere nell’“esito sintetico” e negli ulteriori elementi che gli interessati vogliano valorizzare (come ad esempio le condotte riparatorie) la natura del percorso di “avvicinamento e responsabilizzazione tra le parti”²³¹ che è intervenuto, traendone le necessarie conseguenze sul piano del diritto.

Se non è indispensabile che l’autorità giudiziaria fornisca ai mediatori molti elementi – a seguito di un invio, questi ultimi devono ricevere solo le informazioni utili per identificare le parti e contattarle, nonché alcuni elementi informativi per inquadrare il caso, come il capo di imputazione²³² – può essere invece utile un aggiornamento periodico tra mediatori e giudice circa l’andamento dell’attività di mediazione/riparazione, senza entrare nel merito dei singoli casi.

Il buon esito di una procedura mediativa dipende, senza dubbio, in massima parte, dalla capacità del mediatore di fungere da “catalizzatore del conflitto per restituire il dialogo alle parti”, favorendo l’acquisizione di un linguaggio comune e di una visione differente della situazione concreta senza dover ristabilire l’ordine violato per mezzo dell’applicazione di una regola²³³ e dall’apertura di nuovi canali di comunicazione tra spazi liberi dal diritto e spazi “occupati” dallo stesso, grazie ad una formazione completa ed interdisciplinare²³⁴ dei professionisti della me-

²²⁹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 373. Cfr. altresì L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 72.

²³⁰ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 191.

²³¹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 124.

²³² C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 217.

²³³ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 36 s.

²³⁴ Cfr. L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 284.

diazione e ad una rinnovata sensibilità “riparativa” dell’ autorità giudiziaria in un contesto che consente deviazioni più frequenti dall’ *iter* ordinario del processo.

Non vanno tuttavia dimenticati i condizionamenti esercitati sulle parti dagli avvocati. È questo, infatti, un profilo troppo spesso sottovalutato.

È difficile pensare che la vittima e l’ imputato accettino di intraprendere un percorso mediativo, senza l’ approvazione del difensore. I legali, previamente stimolati quanto meno alla sperimentazione di tali nuove tecniche, devono essere adeguatamente informati dell’ esistenza e delle modalità di funzionamento della mediazione, coinvolti nella fase preparatoria perché possano consigliare i loro clienti evidenziando i vantaggi di tali pratiche, adeguatamente tenuti al corrente dello sviluppo degli incontri, nonché interpellati nella fase negoziale dell’ *iter* proprio perché possa essere garantita la redazione di un accordo conforme alle esigenze e possibilità delle parti. La formazione alla mediazione ed alla giustizia riparativa dovrebbe essere offerta fin dalle aule universitarie.

In conclusione, però, è necessario ribadire ancora una volta come la vera scommessa di questa sperimentazione si basi sul contributo irrinunciabile di mediatori “competenti”. Anche se l’ art. 29 nulla specifica in ordine ai requisiti di legittimazione necessari allo svolgimento dei compiti di mediazione, con il rischio letale di favorire pratiche improvvisate²³⁵, la possibilità per i giudici di avvalersi di centri di mediazione ispirati alle linee guida internazionali e formati da soggetti altamente qualificati è una condizione imprescindibile per il successo delle innovative misure introdotte dalla riforma²³⁶. Per garantire la correttezza e professionalità del mediatore è quindi giunto il momento di vincolarlo

²³⁵ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 370; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 59.

²³⁶ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’ esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 130. Cfr. anche L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 66.

al rispetto di un codice deontologico e, sull'esempio della Francia, ad una procedura di abilitazione disciplinata legislativamente²³⁷.

Pur nella difficoltà di reperire informazioni compiute sulla mediazione penale in Italia, mancando del tutto un sistema di monitoraggio di tali pratiche su scala nazionale, il quadro concernente il settore degli adulti che si mostra ad uno sguardo disincantato, è veramente scoraggiante, salvo qualche limitata eccezione, come quella della Regione Trentino-Alto Adige, in cui esiste, a partire dal 1° giugno 2004, l'unico centro pubblico che opera continuamente, anche con personale dipendente, per supportare innanzitutto l'attività dei giudici di pace²³⁸. A livello italiano, le esperienze, ancorché sostanzialmente positive, sono

²³⁷ Cfr. V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 371.

²³⁸ Dal giugno 2004 è attivo in Trentino-Alto Adige il Centro di mediazione penale (oggi Centro di giustizia riparativa), una struttura a carattere pubblico, articolata in due sezioni con sede rispettivamente a Trento ed a Bolzano. L'iniziativa è espressione dei particolari compiti e funzioni in materia di giudici di pace riservati alla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige dalla normativa di attuazione dello Statuto speciale di autonomia, ed è nata per supportare ulteriormente l'attività dei giudici di pace operanti sul territorio regionale. Sulla base della disposizione contenuta nell'articolo 29 c. 4 d.lgs. 274/2000, infatti, quando il reato è perseguibile a querela, il giudice di pace può sospendere il processo e ricorrere a centri esterni, anche pubblici, per tentare di ricomporre il conflitto tra querelante e querelato. Il Centro regionale svolge quindi attività di mediazione gratuita per quanto riguarda i casi sottoposti dai giudici di pace alla sua attenzione. Le parti interessate possono chiedere di fruire di questa opportunità tramite il giudice di pace davanti al quale sono convocate. A decorrere dal 1° ottobre 2005 sono stati attivati percorsi di mediazione anche in ambito minorile, per quanto riguarda la provincia di Trento: le Autorità giudiziarie minorili della provincia di Trento e l'Ufficio servizio sociale per i minorenni di Trento hanno la possibilità di fruire del servizio di mediazione offerto dal Centro. A seguito dell'introduzione, con la legge 67/2014, dell'istituto della messa alla prova anche per gli imputati adulti, con Protocollo di Intesa sottoscritto nel mese di aprile 2015 tra il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, le risorse del Centro sono state quindi messe a disposizione per l'attivazione di percorsi di mediazione nell'ambito dei programmi trattamentali predisposti dagli Uffici di esecuzione penale esterna. Dal 2015, infine, il Centro per la Mediazione collabora con il Difensore Civico di Trento nelle funzioni di garante dei minori per l'attività di ascolto dei minori e per l'eventuale progettazione e attivazione di percorsi ed iniziative *ad hoc*, anche di mediazione allargata. Ulteriori informazioni sul centro possono essere reperite sul sito istituzionale, all'indirizzo: <http://www.regione.taa.it/giudicidipace/Mediatori.aspx>.

rarissime e prive di adeguati fondi e supporti²³⁹. Né la legge del giudice di pace, né leggi successive, hanno infatti considerato di predisporre strutture idonee, dotate di risorse adeguate e composte da personale qualificato per svolgere tali compiti²⁴⁰. Fino ad oggi la mediazione penale fuori dall'ambito minorile è apparsa, troppo spesso, più salvificamente invocata che praticata, con il pericolosissimo effetto di lasciare ai giudici di pace, “necessariamente” e senza alcun limite chiaro, la gestione esclusiva del tentativo di conciliazione.

3. *Le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato (art. 35 d.lgs. 274/2000)*

L'art. 35 d.lgs. 274/2000 dà attuazione all'art. 17, lett. h, l. 24 novembre 1999 n. 468, disposizione che, nel fissare i principi ed i criteri direttivi del procedimento davanti al giudice di pace, ha vincolato genericamente il governo a prevedere “ipotesi di estinzione del reato conseguenti a condotte riparatorie o risarcitorie del danno”²⁴¹.

Meno entusiasticamente accolto rispetto a quello della particolare tenuità, di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000, tale istituto è stato comunque

²³⁹ Un tanto è brevemente illustrato nel *report* a cura di R. FLOR, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* (2012), in <http://www.pena.lecontemporaneo.it>; cfr. anche il rapporto italiano del progetto “Restorative Justice in Penal Matters in Europe” finanziato dalla Commissione Europea, nell'ambito del programma “Giustizia penale” 2007-2013, sotto la guida del Prof. Dr. F. DÜNKEL dell'Università Ernst-Moritz-Arndt di Greifswald (Germania): L. PICOTTI, E. MATTEVI, I. SALVADORI, R. FLOR, *Italy*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD (ed. by), *Restorative Justice in Penal Matters – A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg GmbH, 2015, 417 ss. Sulle esperienze in ambito minorile cfr. invece, tra gli altri, L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 302 ss.

²⁴⁰ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 140. Sul punto cfr. altresì gli auspici di L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 275. Come ricorda G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 59, è difficile realizzare un siffatto sistema fino a quando il settore giustizia sarà destinatario di risorse irrisorie.

²⁴¹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173.

qualificato dalla dottrina come “una novità assoluta nel sistema penale italiano”²⁴².

Per quanto riguarda la rilevanza di questa peculiare dimensione, infatti, fino alla riforma del giudice di pace, nella parte generale del codice penale italiano non si era andati oltre il rilievo attenuante riconosciuto in ipotesi di riparazione integrale del danno, mediante il risarcimento e le restituzioni, o di spontanea ed efficace attivazione per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato²⁴³. Ferme poi le sanzioni civili – in quanto la riparazione, in forma specifica o per equivalente, costituisce una conseguenza giuridica tipica del fatto-reato in forza dell’art. 185 c.p. – ed un qualche significato, quale requisito per l’applicazione degli istituti, nell’ambito della disciplina della sospensione condizionale della pena e dell’oblazione discrezionale, uno spazio si apriva in sede di commisurazione della sanzione, con riferimento all’indice della capacità a delinquere del reo, manifestata dalla condotta susseguente al reato²⁴⁴.

Nel sistema del giudice di pace, però, l’effetto della riparazione è dirompente per un gruppo significativo di reati, in quanto essa può da sola, a determinate condizioni, impedire che si giunga ad una sentenza di condanna ed all’applicazione della pena.

3.1. *Inquadramento sistematico dell’istituto e soglie temporali*

Abbiamo già ricordato come, nonostante l’indefettibilità della risposta sanzionatoria possa, a prima vista, apparire un corollario dell’*extrema ratio*, un diritto penale che guardi oltre le istanze meramente retributive e risponda ad un modello di “sussidiarietà contemporanea” possa per-

²⁴² S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 497.

²⁴³ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 59.

²⁴⁴ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, in M. MANZIN (a cura di), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Trento, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2002, 104; S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 498.

mettersi di rinunciare ogni tanto, a determinate condizioni, alle sue sanzioni²⁴⁵.

In questa prospettiva, anche l'istituto dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, delineato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, è stato posto in relazione con il principio di sussidiarietà, operante in ambito applicativo²⁴⁶.

Tuttavia, molte incertezze sono sorte, da subito, con riferimento al corretto inquadramento sistematico dell'istituto.

Alcuni autori ritengono infatti che esso, a prescindere dalla sua letterale riconduzione alle ipotesi di estinzione del reato, debba più correttamente essere qualificato come causa, sopravvenuta, di non punibilità²⁴⁷, con considerazioni che ricordano in qualche modo quelle formulate con riferimento all'insolvenza fraudolenta per l'ipotesi di adempimento successivo dell'obbligazione, di cui all'art. 641 c.p., secondo comma²⁴⁸.

²⁴⁵ Si richiamano qui le osservazioni svolte in seno al secondo capitolo.

²⁴⁶ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 378; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, 2016, 723.

²⁴⁷ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 226, soprattutto perché vi sarebbe un accertamento di responsabilità che precede la sua dichiarazione. Così anche S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 504 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 408.

²⁴⁸ Ritengono si tratti, nonostante la formulazione fatta propria dal legislatore, di una causa sopravvenuta di non punibilità F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 798; L. BISSORI, *L'insolvenza fraudolenta*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. I delitti contro il patrimonio*, Torino, Utet, 2011, vol. X, 646. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tomo II. I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2015, 215, parla di "causa di non punibilità speciale" poiché con questa disposizione il legislatore ha inteso salvaguardare il bene fin dove è possibile, sollecitando l'autore a realizzare l'azione per mezzo della quale può essere ottenuta la piena tutela del bene protetto. *Contra*, invece, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 403, che tuttavia colgono, come vedremo, una sostanziale identità tra le cause di non punibilità sopravvenute e le cause di estinzione del reato. In M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario siste-*

In dottrina si tende, infatti, a definire la causa sopravvenuta di non punibilità come una situazione che esclude la punibilità per ragioni di tutela del bene protetto, costituendo essa, in quanto tesa al “ripristino dello *status quo ante* o ad eliminare gli effetti ulteriormente lesivi del fatto realizzato, l’estremo mezzo di tutela predisposto per il caso in cui la norma incriminatrice non abbia in concreto funzionato”²⁴⁹. Essa è omogenea al piano dell’offesa ed opera nel senso di impedire che la situazione di pericolo già creata si traduca nella lesione del bene giuridico²⁵⁰ o nel senso di attenuare o eliminare l’offesa operando antagonisticamente²⁵¹.

Secondo una lettura solo parzialmente diversa, invece, se le cause di estinzione del reato sarebbero legate a ragioni di portata e di interesse generale, o comunque estranee al soggetto agente (accadimenti naturali come la morte o il decorso del tempo, o vicende giuridiche, come una legge di amnistia od un provvedimento di ammissione all’oblazione), le

matico del codice penale, II ed., Milano, Giuffrè, 2012, vol. 3, 11, si parla di un inquadramento incoerente dell’adempimento tardivo nell’ambito delle cause di estinzione anche se è da tenere in considerazione, per una maggior precisione, che non è necessario un comportamento proprio dell’agente, essendo ammissibile anche l’adempimento di un terzo. G. LOCATELLI, *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2011, 4730 parla di “causa speciale di estinzione del reato”, a differenza di D. PERRONE, *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2014, 3761, che, nell’edizione successiva del Codice, ritiene che ci si trovi in presenza di una formulazione lessicale impropria, propendendo per la qualificazione dell’istituto come “speciale causa di non punibilità”, di carattere oggettivo. Considerazioni parzialmente analoghe possono essere fatte con riferimento all’art. 341-bis c.p. (P. PITTARO, *Oltraggio a pubblico ufficiale*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, cit., 129, parla comunque di estinzione del reato, per l’ipotesi delineata dal terzo comma dell’articolo che disciplina l’oltraggio a pubblico ufficiale). L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1990, vol. IV, 343, enumera l’adempimento successivo di cui all’art. 641 c.p. tra i casi di estinzione del reato disciplinati nelle fattispecie di parte speciale.

²⁴⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 798.

²⁵⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 407.

²⁵¹ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 406 s.; ID., *Diritto penale*, cit., 365.

cause sopravvenute di non punibilità dipenderebbero da un comportamento personale dell'agente successivo al reato²⁵².

L'istituto delineato dall'art. 35, quindi, sarebbe più coerentemente avvicicabile alle seconde.

Dall'altro lato, però, vi è chi più condivisibilmente precisa come sia il legislatore delegante che quello delegato si siano espressi a chiare lettere in termini di estinzione del reato ed abbiano con ciò voluto introdurre una nuova ipotesi rispetto a quelle previste dal codice penale, con conseguente applicazione delle disposizioni comuni dettate per le cause estintive²⁵³.

Queste, infatti, formano un insieme composito di istituti ed anche per tale ragione non appare così semplice escludere che l'art. 35 d.lgs. 274/2000 vi possa rientrare quando il legislatore si è espresso in tal senso, soprattutto tenendo conto delle conseguenze di questa qualificazione sul piano processuale.

Se non vi è dubbio alcuno sul fatto che può considerarsi linguisticamente inesatto parlare di causa "estintiva del reato", poiché, sotto il profilo naturalistico, il reato, una volta commesso, è un dato storicamente acquisito e, comunque, non si estingue neppure come ente giuridico, perché continua a produrre alcuni effetti (recidiva, conseguenze civili del reato)²⁵⁴, è interessante notare come non manchino in dottrina delle letture molto diverse del rapporto tra le cause di non punibilità sopravvenuta e le cause generali di estinzione del reato, attraverso l'identificazione nelle seconde di un modello di riferimento per le prime, che vi possono essere assimilate anche per gli effetti giuridici²⁵⁵.

²⁵² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 409; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 11.

²⁵³ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 378; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2009, 434. Così, parrebbe, anche G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 126.

²⁵⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 799; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 701; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 366; A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 180.

²⁵⁵ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 402 s. Del resto, secondo gli Autori, è la legge stessa che, a volte, assimila alcune ipotesi alle cause di estinzione

Questa proposta interpretativa ha l'indubbio pregio di valorizzare una categoria spesso negletta – quella delle cause estintive – peraltro espressamente considerata nella parte generale del codice, nell'ambito di una disciplina unitaria, che potrebbe consentire di definire anticipatamente molti procedimenti, in forza della regola dell'immediata declaratoria delle cause estintive di cui all'art. 129 c.p.p.

Appare tuttavia preferibile una lettura che rimanga comunque più aderente al dato normativo²⁵⁶ e, pur partendo dalla considerazione del quadro complesso in cui si collocano gli istituti della non punibilità sopravvenuta (intesa in senso lato) e della permanente necessità di vagliarne la legittimità alla luce dei valori in gioco e dei principi del diritto penale sostanziale, evidenzi come non tutti, ma solo molti di essi, siano raggruppati dal legislatore sotto l'etichetta "cause di estinzione". Tale categoria, nonostante gli sforzi di razionalizzazione indicati, rimane disomogenea nella struttura, nel fondamento e nel modo di funzionamento e quindi difficile da ricostruire concettualmente in modo unitario²⁵⁷, ma in essa si collocano pure istituti, come l'oblazione, che (al di

(art. 641 c. 2 c.p.). Tale orientamento è ricordato anche da G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, Giuffrè, 1975, 9.

²⁵⁶ Come ricorda G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, cit., 9, in questo senso si esprime anche F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffrè, 1961, 161, che riconduce le cause sopravvenute che integrano forme di ravvedimento alle cause di non punibilità, perché la legge le ha così definite espressamente, salve le ipotesi in cui il legislatore si è invece chiaramente orientato a favore dell'inquadramento nelle cause di estinzione. G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. VI, 629 s., allo stesso modo evidenzia come il concetto di cause estintive del reato sia assunto in senso tecnico e rigoroso in molte disposizioni ed è quindi difficile estendere la relativa disciplina a situazioni alle quali la legge attribuisce il diverso nome di cause di non punibilità. Quindi, nonostante la forte analogia sostanziale di molte cause sopravvenute con le cause speciali di estinzione del reato (in particolare l'art. 641 c.p.), è necessario mantenere ferma la distinzione.

²⁵⁷ Cfr. in questo senso, E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*. A pag. 99, l'Autrice evidenzia come le cause di estinzione siano legate ad esigenze di "opportunità, di convenienza politico-criminale, di *self restraint*", che interrompono il nesso reato-pena ma che vanno poste in relazione con il dover essere della pena. È solo in situazioni limitate e particolari, secondo l'Autrice, che rendono impossibile o incerto il raggiungimento delle

lità del necessario provvedimento di ammissione) dipendono da un contegno susseguente al reato che l'autore deve porre in essere e, in qualche misura, anche da condotte riparatorie, rispondendo ad una positiva funzione di tutela dell'interesse tutelato dalla disposizione violata²⁵⁸ e

finalità della pena oppure che ne consentono altrimenti la realizzazione, che si spiega la deroga alla regola del necessario collegamento della conseguenza giuridica al reato. La Corte costituzionale, nella stessa prospettiva, ha affermato (Corte cost., 17 maggio 1989, n. 282, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>) che sotto l'etichetta "estinzione del reato e della pena", il codice penale include "istituti tanto diversi da far davvero dubitare dell'unitarietà della categoria". Occorrono quindi "indagini specifiche, valide per ciascuno (o per alcuni) degli istituti raggruppati sotto la predetta etichetta, per poter determinare la natura giuridica degli istituti stessi". In una diversa pronuncia, di poco anteriore, si è così espressa (Corte cost., 23 marzo 1988, n. 369, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>): "Dottrina e giurisprudenza, infatti, pur avendo a lungo ed approfonditamente discusso intorno al concetto (di genere) causa d'estinzione del reato (entro questo concetto il codice penale inserisce sia l'amnistia sia l'oblazione), non hanno dedicato complete indagini su tutte le particolari cause d'estinzione, non sottolineando a dovere che il codice penale riconduce al concetto "di genere" le più svariate figure (dall'amnistia alla morte del reo, alla prescrizione ecc.) sulla base d'una sola nota effettuale, quella d'estinguere il reato. Il necessario dibattito sul significato di questa formula (com'è noto, una novità del vigente codice penale) non esclude l'esame del diverso fondamento, dei diversissimi modi di funzionamento delle singole cause d'estinzione: anzi, da questo esame può, invero, pervenire nuova luce proprio intorno al concetto generale di causa d'estinzione del reato". Cfr. altresì C. LONGARI, *Le cause di estinzione del reato*, Torino, Giappichelli, 2012, 3 ss.

²⁵⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 465 s. Cfr. anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 58. Le cause di estinzione del reato possono consistere in accadimenti naturali (morte del reo) o in determinazioni di terzi o dell'indagato/imputato e quindi, come rileva V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1130 s., nt. 73, una qualche omogeneità strutturale tra cause di non punibilità sopravvenuta e cause di estinzione sarebbe ravvisabile nel meccanismo dell'oblazione, anche se egli ritiene comunque ancora valorizzabile, a fini distintivi, il criterio del tipo di interesse sotteso alle cause di estinzione, in quanto esse dipenderebbero da ragioni estranee all'offesa del reato mentre le cause di non punibilità sopravvenuta consisterebbero in una condotta orientata all'offesa (nel caso dell'oblazione, però, anche senza invocare l'art. 641 c.p., il cui inquadramento è discusso, anche questo ultimo criterio non appare adeguato).

presentando delle affinità proprio con l'art. 35²⁵⁹.

L'esame dei profili processuali rende molto evidente come la corretta qualificazione dell'istituto non abbia affatto solo una rilevanza definitiva, né costituisca un esercizio meramente accademico. Le cause di non punibilità in senso stretto²⁶⁰ (le cui coordinate, nel codice di rito, sono tracciate dagli artt. 425 c. 1 e 530 c.p.p., che tra le formule della sentenza di proscioglimento annoverano quella del reato commesso da persona non punibile)²⁶¹ si differenziano dalle cause estintive perché implicano logicamente che si ritenga commesso il reato contestato²⁶², mentre gran parte delle cause di estinzione hanno in comune il fatto di poter essere applicate indipendentemente da un compiuto accertamento del reato ed operano sulla base della sola contestazione, determinando una vera e propria paralisi del processo penale²⁶³. La declaratoria di estinzione non presuppone un reale giudizio di merito con l'accertamento della *quaestio facti*, un giudizio storico sull'oggetto dell'accusa,

²⁵⁹ Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1006; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 473; F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, in *Indice pen.*, 2005, 147 ss.

²⁶⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 167.

²⁶¹ D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, cit., 54.

²⁶² Come rileva D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità*, cit., 56, ad imporre una tale conclusione è l'ordine delle formule assolutorie: in senso discendente da quella più favorevole per l'imputato, la declaratoria di non punibilità si colloca all'ultimo gradino.

²⁶³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 540 s. Basti considerare la differenza che intercorre tra l'art. 530 e l'art. 531 c.p.p. Solo il primo articolo, riferito alle ipotesi in cui l'imputato non è punibile, contempla una pronuncia di assoluzione, che presuppone la verifica degli estremi di una pronuncia in fatto (vi è infatti un ordine preferenziale che governa le formule terminative); mentre il secondo, che riguarda le cause di estinzione del reato, si riferisce ad una pronuncia di "non doversi procedere". Cfr. anche V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1124, 1333; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 90 e M. PAPA, *Nuovi problemi in tema di oblazione: la concessione discrezionale del "beneficio"*, in AA.VV., *Le modifiche al sistema nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, Jovene, 1984, 257 s. (con riferimento all'oblazione).

ma si limita a richiedere al giudice di conoscere “in ipotesi” dell’imputazione, di verificare se l’opzione accusatoria corrisponda alla fattispecie di reato, prima di giungere ad affermare che quel reato, anche qualora esistesse e fosse accertato, sarebbe travolto da una vicenda estintiva: “in parole semplici, non occorre essere certi che un reato esista, per dichiararlo estinto”²⁶⁴. Il già citato art. 129 c.p.p. si riferisce unicamente alle cause di estinzione del reato e non include il caso in cui l’imputato non sia punibile, nemmeno per la particolare ipotesi delineata dall’art. 131-*bis* c.p., prevedendo, come solo limite all’immediata declaratoria, l’evidenza delle condizioni per un proscioglimento nel merito²⁶⁵.

È allora chiaro perché si afferma che questa disciplina attribuisce alle cause di estinzione “una natura anfibia, per un verso sostanziale, e per altro processuale”²⁶⁶ e non mancano autori illustri che hanno ritenuto addirittura di propendere esclusivamente per la seconda²⁶⁷, anche se

²⁶⁴ F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 669 ss.; D. VICOLI, *L’accertamento della non punibilità*, cit., 61; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 167; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1126.

²⁶⁵ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 434.

²⁶⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2011, 572 (l’efficace definizione non è stata riproposta nell’ultima edizione del manuale citato, che pur sottolinea effetti sostanziali e processuali dell’estinzione del reato). Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 439.

²⁶⁷ A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss. A pag. 506, in particolare, egli afferma che esse attingono “al dover essere del processo, non al dover essere della pena”. Nello stesso senso, Nuvolone sostiene che vi sono dati molto chiari a favore della diretta operatività delle cause estintive sul piano processuale, visto che esse escludono che il reato sia accertato in modo definitivo e dichiarato non punibile: si può dire che esse “impediscono che il reato venga accertato in sede penale”: P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 534. Come illustra E. ANTONINI, *Contributo alla dogmatica delle cause estintive del reato e della pena*, cit., 9 ss., che si sofferma su questo dibattito mettendo in luce come la maggioranza della dottrina propenda comunque per una visione sostanzialistica, il legislatore del 1889, ad esempio, aveva inserito la disciplina in materia, pur nel codice penale (perché le cause in questione concretamente estinguevano il diritto di punire), nell’ambito dell’“estinzione dell’azione penale e delle condanne”, propendendo, forse, per un inquadramento processuale del fenomeno estintivo, anche se non è certo perché non poteva considerarsi così nitida la demarcazione tra

l'accertamento nel merito, consentito dall'art. 129 c.p.p. in presenza di una causa estintiva, sarebbe inammissibile in ipotesi di vera e propria improcedibilità²⁶⁸.

In conclusione, l'inquadramento operato dal legislatore con riferimento all'art. 35 d.lgs. 274/2000 non può considerarsi certo casuale, poiché l'intreccio di profili sostanziali e processuali che caratterizza la vigente disciplina delle cause estintive risponde coerentemente e funzionalmente alle esigenze del modello delineato per il magistrato onorario. Da un lato, la natura sostanziale sottolinea più chiaramente la necessità di una legittimazione dell'istituto alla luce dei principi e fondamenti del diritto penale e riflette i caratteri di un giudizio da esso reclamato in termini più ampi della mera constatazione del regolare instaurarsi della procedura²⁶⁹; dall'altro, la disciplina processuale è comunque volta a ridurre al minimo l'impegno del giudice, anche se paga il prezzo di far dichiarare l'estinzione quando la responsabilità è, appunto, ancora *sub judice*²⁷⁰.

Una questione parzialmente connessa a tali problematiche di inquadramento dell'istituto e comunque strettamente funzionale ad una maggior o minor valenza deflattiva di questo peculiare strumento, attiene alla possibilità di applicarlo in sede di indagini.

Anche sotto questo profilo si risente delle incertezze che derivano al sistema da una "tecnica di normazione eterointegrata"²⁷¹ per quanto

diritto sostanziale ed azione. Cfr. altresì A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 257; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1122.

²⁶⁸ C. LONGARI, *Le cause di estinzione del reato*, cit., 36.

²⁶⁹ Cfr. anche V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1125 e A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 181, che evidenzia come questi istituti debbano essere trattati quali disposizioni di diritto sostanziale, perché "connessi alla fondazione o al modo di essere del potere di punire". Cfr. anche M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1058.

²⁷⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 541. Cfr. anche F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, cit., 178. Sulla necessità di tener conto delle esigenze che, sotto il profilo processuale, nascono dall'accertamento cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 165 (pur con riferimento alla scelta tra cause di non punibilità e cause di non procedibilità).

²⁷¹ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

riguarda le regole processuali, attraverso un richiamo generale alle norme contenute nel codice di procedura penale “in quanto applicabili”. Tale formula, infatti, si limita “ad evocare il concetto di compatibilità: in quale senso esso vada inteso è un compito lasciato in via esclusiva all’interprete, data l’assenza di criteri espressamente indicati”²⁷².

Con riferimento alla disciplina dell’archiviazione, si può ritenere che essa assuma una dimensione più ampia rispetto a quella contenuta nel codice di procedura penale²⁷³. Oltre alle ipotesi più datate contemplate per il procedimento ordinario – infondatezza della notizia di reato *ex art. 408 c.p.p.* e mancanza di una condizione di procedibilità, perché il reato è estinto o il fatto non è previsto dalla legge come reato *ex art. 411 c.p.p.*, unitamente alla regola decisoria delineata dall’art. 125 att. c.p.p. in tema di infondatezza della *notitia criminis*, laddove gli elementi acquisiti nelle indagini non appaiono idonei a sostenere l’accusa in giudizio²⁷⁴ – vi è quella, tutta nuova, delineata dall’art. 34 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di particolare tenuità del fatto²⁷⁵, estesa oggi, grazie alla riformulazione dell’art. 411 c.p.p., al neointrodotta art. 131-bis c.p.p., con relativi problemi di coordinamento tra istituti.

Con riferimento al problema enunciato, la dottrina non ha espresso una posizione unanime. Qualche autore ritiene che l’istituto trovi una sola sede per la sua applicazione, l’art. 29, “espressione più compiuta della funzione conciliativa che permea tutto il rito penale davanti al

²⁷² D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 23.

²⁷³ D. CARCANO, *Archiviazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 167.

²⁷⁴ D. CARCANO, *Archiviazione*, cit., 168. Come evidenzia F. CAPRIOLI, *Esercizio dell’azione penale: soggetti, morfologia, controlli*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 180, l’art. 125 att. c.p.p. è stato inopportuno menzionato nell’art. 17 d.lgs. 274/2000 come un presupposto dell’archiviazione, ulteriore rispetto all’infondatezza. Cfr. altresì H. BELLUTA, *Archiviazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 143 ss.

²⁷⁵ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 41; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 129.

giudice di pace”²⁷⁶, a seguito dell’esercizio dell’azione penale, in quanto, in base alla lettera della norma, si richiederebbe l’emissione di una “sentenza” che dichiari l’estinzione, enunciandone la causa nel dispositivo, e, comunque, perché l’art. 35 farebbe riferimento, non a caso, proprio all’udienza di comparizione sia al comma 1 che al comma 3²⁷⁷. Le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione, poi, presupponendo un’analisi approfondita del fatto e del suo autore, potrebbero essere meglio valutate in giudizio, che non sulla base di un semplice fascicolo²⁷⁸.

Se, tuttavia, l’udienza di comparizione, a monte della celebrazione del dibattimento, può considerarsi la sede naturale per la definizione del procedimento ex art. 35 d.lgs. 274/2000²⁷⁹, non appare corretto o, in ogni caso, opportuno, in prospettiva deflattiva e di buon funzionamento della macchina processuale, escludere la possibilità di una dichiarazione di estinzione prima dell’esercizio dell’azione penale, con un decreto di archiviazione, proprio in forza della già ricordata applicabilità dell’art. 411 c.p.p.²⁸⁰.

Naturalmente, è importante superare ogni incertezza sulla qualificazione dell’istituto, rimanendo fedeli al dato normativo, ma se si ammet-

²⁷⁶ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 332.

²⁷⁷ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 275; D. CARCANO, *Archiviazione*, cit., 175. Le argomentazioni sono riportate anche da R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 378.

²⁷⁸ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, cit., 221.

²⁷⁹ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 351. Cfr. anche A. SCALFATI, *L’applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 403.

²⁸⁰ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 65; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 93; C. LONGARI, *Le cause di estinzione del reato*, cit., 189; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 446; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 329; C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 163; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182. Meno netta è, sul punto, la posizione di M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, cit., 205, anche se, a pagg. 220 ss., egli si sofferma sulle diverse obiezioni a questa lettura.

te che esso è inquadrabile come causa di estinzione del reato²⁸¹, non vi sono ostacoli insuperabili, “da un punto di vista logico e sistematico”²⁸², a che l’archiviazione possa reputarsi sede adeguata alla sua applicazione, ed esso, successivamente, soggiace alla regola dell’immediata declaratoria in qualsiasi stato e grado del procedimento *ex art. 129 c.p.p.*²⁸³. Si evita così che il pubblico ministero, in presenza di condotte riparatorie, sia costretto ad esercitare l’azione penale con “riserva mentale” di chiedere poi immediatamente che si riconosca l’integrazione dell’istituto²⁸⁴, mentre la persona offesa può essere adeguatamente coinvolta, ricevuto l’avviso, con l’opposizione *ex art. 17 c. 2 d.lgs. 274/2000*, nella quale è sufficiente che essa contesti “l’insufficienza probatoria posta a base della richiesta di archiviazione, senza la necessità di suggerire ulteriori scenari investigativi”²⁸⁵.

²⁸¹ Secondo G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 140, in realtà, la pretesa di taluno di considerare l’art. 35 una causa di esclusione della punibilità non impedirebbe di ritenere il suo inquadramento formale motivo per riferirsi, in una prospettiva dinamica, alle regole processuali dettate per le cause estintive. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 395, si sofferma tuttavia sui profili di tensione con l’art. 112 Cost., alla luce del fatto che alcuni presupposti sarebbero troppo poco determinati.

²⁸² G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 144.

²⁸³ N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 226; S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., 2015, vol. III, 2950; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379. Come vedremo anche più avanti, peraltro, è dubbio in dottrina se la non punibilità, nel significato che emerge dagli artt. 530 e 425 c.p.p., rientri o meno tra i presupposti dell’archiviazione. La tesi negativa richiama la tassatività dei casi elencati dagli artt. 408 e 411 c.p.p. e la complessità degli accertamenti richiesti, di conseguenza devoluti alla sola fase processuale. Cfr. C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l’istituto della “tenuità del fatto”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 746; ID., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 196 s. Vi sono però anche argomenti a favore, come l’elasticità del parametro offerto dall’art. 125 att. c.p.p. (cfr. D. VICOLI, *L’accertamento della non punibilità*, cit., 69 s.).

²⁸⁴ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182.

²⁸⁵ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa*, cit., 1187. Cfr. anche R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 392; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 145. Quanto ai contenuti dell’atto oppositivo F. CAPRIOLI, *Esercizio dell’azione penale: soggetti, morfologia, controlli*,

A ben vedere, forse, è possibile un passo ulteriore. Si può infatti ipotizzare che, senza intervenire sulla legislazione processualpenalistica, anche in funzione di questo particolare risultato, e quindi di una definizione veramente anticipata del procedimento, il legislatore, riconosciuta la natura – almeno prevalentemente – sostanziale dell’istituto, abbia scelto di qualificare questo strumento come causa estintiva, rispettando il principio di non esercizio dell’azione in ipotesi di “superfluità del processo”²⁸⁶.

Altra questione si pone invece in relazione alla previsione di un preciso limite temporale per l’intervento delle condotte riparatorie.

Al fine di consentire l’operatività dell’istituto, di regola, esse devono essere poste in essere prima dell’udienza di comparizione²⁸⁷.

Le ragioni di una tale previsione sono da cogliere nell’esigenza di evitare che l’attività riparatoria sia condizionata dagli sviluppi del giudizio e comunque in motivi di prevenzione generale. Il risultato utile deve essere collegato strettamente alla minaccia iniziale ed “apparire quindi come osservanza, sia pur tardiva, del precetto che è stato violato”²⁸⁸.

L’istituto perde in parte la propria rigidità di carattere temporale solo quando l’imputato chieda, all’udienza di comparizione, di poter provvedere agli adempimenti di cui al primo comma, ovvero alla riparazione ed all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, dimostrando di non averlo potuto fare precedentemente. Sussiste quindi

cit., 186, segnala una ricchezza di contenuti inusuale, se posta a confronto con i precedenti normativi dell’istituto.

²⁸⁶ N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 229. Si può ricordare, sul punto, proprio: Corte cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, 207.

²⁸⁷ Come rileva E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, in *Riv. Pen.*, 2002, 859, completamente diversa è la questione concernente la possibilità che il giudice si riservi di pronunciare l’estinzione nel momento del dibattimento in cui saranno raccolti elementi conoscitivi sufficienti per valutare la congruità del risarcimento.

²⁸⁸ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 383; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 409; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236; S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 528; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 127.

un vero e proprio onere probatorio, in tal senso, a carico dell'imputato²⁸⁹.

In questa ipotesi, il giudice può, discrezionalmente, disporre la sospensione del processo per un periodo non superiore a tre mesi – incaricando un ufficiale di polizia giudiziaria o un operatore di servizio sociale dell'ente locale di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie – e può imporre specifiche prescrizioni, finalizzate all'adempimento delle condotte riparatorie²⁹⁰.

Quanto ai parametri che devono guidare il giudice nell'esercizio di tale potere discrezionale, non è secondario ricordare quanto ha affermato la Corte costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 20 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, nella parte in cui non prevede che la citazione a giudizio debba contenere l'avviso che, qualora ne ricorrano i presupposti, "l'imputato può porre in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 35, prima dell'udienza di comparizione". L'omissione non comporterebbe infatti la perdita irrimediabile di tale facoltà:

giacché il giudice di pace può sospendere il processo per un periodo non superiore a tre mesi nel caso in cui l'imputato chieda nell'udienza di comparizione di poter provvedere a tali condotte, dimostrando di non aver potuto metterle in opera in precedenza, anche per non essere stato informato della relativa possibilità²⁹¹.

Appare chiaro allora che, così riletta, la norma consenta di ricorrere al rinvio con una certa larghezza²⁹², anche a prescindere da una vera e

²⁸⁹ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 151.

²⁹⁰ Secondo G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 311, sarebbe più proficuo l'intervento dei centri di mediazione. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 347 s., nello stesso senso, criticamente rileva come, tra i soggetti delegati, non siano stati indicati i centri di mediazione, quando, invece, l'assoluta informalità del loro intervento avrebbe potuto contribuire a diminuire l'aura di conflittualità scatenata dal reato. Cfr. anche G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 153.

²⁹¹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 11, in *Giur. Cost.*, 2004, 1.

²⁹² A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, cit., 145. G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 151 mette in guardia da un'interpretazione eccessivamente lassista. La

propria impossibilità “soggettiva” di adempiere (ad esempio per problemi economici)²⁹³, o dalla difficoltà di individuare o reperire la persona offesa²⁹⁴. Come è stato evidenziato, del resto, anche in questo momento il giudice di pace può “esplicare appieno la funzione di composizione sociale” che gli è stata affidata²⁹⁵.

L'unico limite effettivo è legato alla necessità che il giudice debba innanzitutto procedere a valutare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione emergenti nel caso di specie, essendo egli tenuto a respingere la richiesta qualora le condotte riparatorie non appaiano, *ex ante*, idonee a soddisfarle²⁹⁶. Di certo, poi, la causa estintiva non può

giurisprudenza, sul punto, non ha ancora espresso un orientamento condiviso. Da un lato si è affermato che non si può considerare “tardiva l’offerta di riparazione formulata in apertura dell’udienza di comparizione davanti al giudice di pace. La giurisprudenza di legittimità ha avvertito che, in base alla *ratio* ispiratrice della norma, il limite temporale imposto per l’utile espletamento delle attività risarcitorie e riparatorie, indicato dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 35, con l’espressione “prima dell’udienza di comparizione”, va inteso nel senso che ciò debba avvenire prima che si faccia luogo all’istruzione dibattimentale” (Cass., 23 settembre 2008, n. 36448, in *Riv. pen.*, 2009, 70). Analogamente: “L’inosservanza dei termini di cui all’art. 35, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000 – per il quale l’adempimento riparatorio deve avvenire prima dell’udienza di comparizione – non determina alcuna nullità o decadenza non essendo tali sanzioni previste espressamente dall’art. 173 c.p.p., né potendo il giudice qualificare perentorio un termine che la legge non definisce espressamente tale” (Cass., 10 luglio 2014, n. 40027, in *Ced Cassazione* 2015 e Cass., 6 giugno 2008, n. 27392, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 6, 715). È da segnalare, però, un orientamento della giurisprudenza molto più rigido: la prima udienza di comparizione costituirebbe uno sbarramento superabile solo dal provvedimento con cui il giudice dispone la sospensione del processo per consentire all’imputato, che ne abbia fatto richiesta, di porre in essere le condotte riparatorie. La circostanza che l’imputato si avvalga della compagnia assicuratrice per il risarcimento non costituirebbe, per esempio, valido motivo per non rispettare tale termine (Cass., 19 marzo 2010, n. 12856, in *Cass. pen.*, 2011, 3511; Cass., 22 settembre 2005, n. 40818, in *Cass. pen.*, 2007, 672. Di recente, cfr. Cass., 10 febbraio 2015, n. 31656, in *Diritto e giustizia*, 22 giugno 2015).

²⁹³ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 393.

²⁹⁴ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 530. Cfr. altresì S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 346.

²⁹⁵ C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, cit., 163.

²⁹⁶ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 528.

operare in appello, visto che l'entità del danno è già stata accertata ed il ripristino dell'ordine sociale violato non può dirsi avvenuto spontaneamente, ma come conseguenza della condanna subita e quindi, in qualche modo, ordinato dal giudice²⁹⁷.

3.2. *Ambito applicativo dell'istituto*

Non è affatto facile individuare la classe di reati in relazione alla quale l'istituto è chiamato ad operare, anche perché, secondo una certa dottrina, più che avere “un'essenza dogmatica”, essa “presenta piuttosto una valenza politico-criminale”²⁹⁸.

Può essere interessante rilevare, a tale riguardo, come nel testo del primo schema del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 23 giugno 2000, l'operatività dell'istituto fosse limitata ai soli reati diversi da quelli perseguibili a querela, sul presupposto che l'art. 35 non potesse costituire uno strumento di “scavalco” della volontà punitiva della persona offesa querelante. Accogliendo tuttavia le osservazioni formulate dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, il Governo ha modificato la disciplina delle condotte riparatorie, cancellando il riferimento ai reati procedibili d'ufficio²⁹⁹.

Come si legge nella Relazione, la modifica appariva più conforme alle indicazioni del delegante che non aveva operato alcuna distinzione, pur avendo ben presente quali fossero i reati di competenza del giudice di pace, in gran parte perseguibili a querela e “tipicamente espressivi di quella microconflittualità privata che costituisce il terreno di elezione di questo microcosmo punitivo-conciliativo”. L'eventuale esclusione di tali reati, inoltre, avrebbe fatto sì che la causa estintiva si traducesse in

²⁹⁷ G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile avverso la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Cass. pen.*, 2015, 3939. Cfr. *Cass.*, 8 maggio 2007, n. 34852 in *Ced Cassazione* 2007 n. 237717.

²⁹⁸ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 109.

²⁹⁹ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 75; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 334, nt. 7; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 509.

“un mero simulacro, magari provvisto di efficacia evocativa, ma destinato a rivelare un impatto poco più che trascurabile sul sistema”³⁰⁰.

Correttamente operato questo intervento, più di un dubbio si è posto tuttavia sull’opportunità pratica di una scelta generalista, se si prendono in considerazione quei reati per i quali è concretamente molto difficoltosa, se non impossibile, l’operatività dei meccanismi risarcitori o riparatori richiesti³⁰¹.

Il caso della contravvenzione della guida sotto l’influenza dell’alcool, già di competenza del giudice di pace, è parso, da subito, eclatante e la giurisprudenza si è pronunciata tempestivamente proprio con riferimento ad esso.

Con decisioni che, pur con le dovute cautele, possono dare delle indicazioni di carattere generale, la Cassazione ha così escluso che l’istituto delineato dall’art. 35 d.lgs. 274/2000 sia applicabile ai reati di pericolo

per i quali le condotte riparatorie appaiano oggettivamente incompatibili, nel senso che non costituiscono un “*actus contrarius*” rispetto alla condotta incriminata, né sono in grado di realizzare qualche forma di compensazione nei confronti della persona offesa³⁰².

³⁰⁰ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.1.

³⁰¹ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 510. Il legislatore delegato, del resto, ha trascurato la direttiva che imponeva di prestare attenzione alla possibilità che le conseguenze dannose del reato potessero essere eliminate: cfr. S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, cit., 163.

³⁰² Cass., 7 luglio 2005, n. 36336, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2006, 5, 519. Nella specie, la Corte ha escluso che, rispetto alla contravvenzione di guida sotto l’influenza dell’alcool, potessero valere, ai fini e per gli effetti del meccanismo estintivo suddetto, l’avvenuta sottoposizione dell’imputato ad un trattamento socio-riabilitativo di disintossicazione e il versamento di una somma in favore dell’Associazione alcolisti anonimi. Nello stesso senso: Cass., 7 febbraio 2007, n. 39563, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1120. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 107. Non è questa, però, la posizione di C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, cit., 164, favorevole alla più ampia applicazione dell’istituto, senza argomentare tuttavia in merito alla propria conclusione.

Se, per quanto riguarda la guida in stato di ebbrezza, che non presenta “una parte lesa ben individuata”³⁰³, la conclusione a favore di un’“incompatibilità ontologica” era prevedibile³⁰⁴, i dubbi non possono considerarsi completamente fugati con riferimento, ad esempio, ad alcuni reati contravvenzionali attribuiti alla competenza del giudice di pace, perché sullo sfondo è individuabile una sorta di “vittima” (ancorché non persona offesa).

Come è stato efficacemente notato, in alcune contravvenzioni si può cogliere, all’orizzonte, “un interesse” o, comunque, “una posizione personale significativa per l’integrazione dell’offesa” che, se non pare sufficiente per far pensare proficuamente ad una vera e propria riconciliazione, può almeno aprire le porte a qualche forma di intervento di “riparazione” nei confronti del privato coinvolto, almeno intesa *lato sensu*, come possiamo leggere in un passaggio della Relazione, per il resto poco cristallino³⁰⁵. Anche in tali ipotesi, però, la soddisfazione dell’“interesse” privato coinvolto non consente l’integrazione della riparazione in misura completa, residuando, come non riparata e non riparabile nei termini indicati dalla norma in esame, l’offesa al bene di stretta natura pubblicistica³⁰⁶.

La problematica è correttamente posta ma riteniamo debba essere affrontata con coerenza tenendo conto del contesto più generale in cui l’istituto è inserito e, comunque, dei reati di competenza del giudice di

³⁰³ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 284.

³⁰⁴ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 512 s. Cfr. tuttavia, criticamente, G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 440.

³⁰⁵ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2.1: “sebbene difficilmente ascrivibili al protocollo criminologico della microconflittualità interindividuale, questi reati sembrano tuttavia ancora modellati sulla caratterizzazione del giudice di pace come “compositore di controversie individuali”: in massima parte rispondono allo schema del reato di pericolo, e dunque tollerano condotte di tipo *lato sensu* riparatorio”. Secondo C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 53, tale riparazione sarebbe idonea ad estinguere il reato.

³⁰⁶ Come evidenzia D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, cit., 545, nel caso di atti contrari alla pubblica decenza, la persona che ha sofferto gli effetti nocivi della condotta illecita è solo un danneggiato dal reato.

pace e del microsistema che è stato disegnato, che consentono complessivamente di non sopravvalutarne gli effetti.

Per gli illeciti non delittuosi, in particolare, essa può considerarsi in gran parte superata dal fatto che l'oblazione è chiamata ad avere un ruolo nettamente predominante in questo contesto, poiché essa può trovare applicazione, almeno in astratto, per tutte le contravvenzioni, in quanto comunque sanzionate con la pena pecuniaria, da sola o in alternativa alle pene paradedentive³⁰⁷.

Per cercare di affrontare la questione dell'ambito applicativo della disposizione in modo più compiuto, si può iniziare allora a riflettere sul suo necessario collegamento con la problematica dell'individuazione delle condotte riparatorie rilevanti per l'art. 35, oggetto di indagine più approfondita nel prossimo paragrafo.

Pensando ad una condotta riparatoria praticabile nel microsistema del giudice di pace si può, infatti, limitare l'istituto ai reati posti a presidio di interessi individuali, in cui, quindi, sia identificabile la vittima/persona offesa (normalmente querelante), oppure si può ipotizzare di estenderne indistintamente il campo operativo valorizzando anche le condotte *lato sensu* riparatorie, indirizzate alla "comunità", come quelle volte a sanare una situazione illecita precedente, eventualmente mediante una regolarizzazione (ottenimento di un'autorizzazione mancante)³⁰⁸. Secondo alcuni autori, in particolare, nel caso di reati senza vittima o che abbiano determinato un pregiudizio non economicamente risarcibile sarebbe sufficiente aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, che riguardano il danno criminale³⁰⁹.

Questa seconda interpretazione, però, come è stato lucidamente rilevato anche da autori che hanno ritenuto comunque, criticabilmente, di preferirla perché in qualche modo più coerente con la lettura del criterio selettivo "eliminazione delle conseguenze dannose" offerta dal legisla-

³⁰⁷ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 290; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 108 s.

³⁰⁸ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 129.

³⁰⁹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 272; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 436.; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 142.

tore delegato, tende a sottovalutare il dato normativo: le due tipologie di condotte indicate nell'art. 35 (riparazione ed eliminazione delle conseguenze) sono infatti legate dalla congiunzione "e" e non dalla congiunzione "o"³¹⁰.

A sostegno della prima soluzione interpretativa, con le precisazioni che faremo, si può notare la differenza che intercorre tra la formulazione di questo articolo e quella della corrispondente attenuante codicistica, dove la congiunzione utilizzata è, invece, proprio "o"³¹¹.

Inoltre, profilo non secondario, è necessario considerare come l'istituto si inserisca nel contesto di un modello di giustizia che valorizza la dimensione relazionale e la riparazione, nel testo dell'art. 35, assuma obbligatoriamente la forma del risarcimento o della restituzione, innanzitutto.

Così, se in dottrina si è evidenziato come, svincolando l'idea riparativa dal concetto di danno materiale e dal risarcimento all'offeso, si può concepire la riparazione come una vicenda penale che include anche reati che non contemplano una vittima diretta³¹², a contrario, se la riparazione mediante risarcimento e/o restituzione nei confronti della vittima è da considerarsi, ancorché assolutamente non esaustiva, comunque irrinunciabile, il campo applicativo dell'istituto si restringe notevolmente.

³¹⁰ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 130; F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 128. N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 226, parla di riparazione (danno risarcibile) coniugata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379, si sofferma su questi profili, mettendo in guardia dal giungere, però, a restringere troppo l'ambito applicativo della disposizione. ID., *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 185, ricostruisce tuttavia il rapporto tra le condotte in termini di residualità. Così anche S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338 e S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 514 ss. che, tra le opzioni, propone di ritenere la congiunzione "e" frutto di una svista del legislatore.

³¹¹ Cfr. sul punto M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

³¹² P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 41.

In conclusione, quindi, sempre guardando al microsistema “conciliativo” del giudice di pace, l’ambito applicativo dell’istituto delineato dall’art. 35 dovrebbe coincidere con i reati di danno in cui, quanto meno, è individuabile una vittima/persona offesa, titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice³¹³, mentre non si dovrebbero operare delle distinzioni a seconda del tipo di danno cagionato³¹⁴. Sono suscettibili di riparazione i reati offensivi di interessi patrimoniali, ma anche quelli che offendono beni giuridici personali e che spesso fanno scattare nel soggetto passivo un interesse prevalente per il profilo riparatorio o risarcitorio. Le lesioni colpose correlate alla circolazione stradale, ad esempio – anche se oggi destinate ad un ruolo più marginale – rientrano perfettamente nel quadro, in quanto, spesso, il colpevole viene avvertito dalla vittima:

più che come aggressore, come partecipante nello svolgimento di un’attività pericolosa – per l’appunto la circolazione stradale – dove la violazione delle regole cautelari non solo è diffusa, ma vede sovente l’alternarsi di uno stesso soggetto ora nella posizione di autore della violazione, ora nelle vesti di soggetto nel cui interesse la regola cautelare è posta³¹⁵.

³¹³ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 107. Come già ricordato, nella Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II. 2.1, si precisa peraltro che non si dovrebbe dar luogo a sperequazioni tra le varie categorie di reati, “nella misura in cui [alcuni] non possano usufruire del meccanismo estintivo di cui all’articolo 35 del decreto legislativo, ritagliato attorno al risarcimento, alle restituzioni o – in genere – al ripristino dello *status quo ante*. Peraltro, analoga questione fu sollevata in relazione al meccanismo della prescrizione di cui all’articolo 21 comma 2 d.lgs. 19.12.1994, n. 758, dinanzi alla Corte costituzionale e da questa respinta, argomentando dal fatto che la diversa struttura delle fattispecie incriminatrici fosse idonea a giustificare le differenze di trattamento legislativo (sent. 28 maggio 1999, n. 205)”. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 59 ritiene, invece, che l’art. 35 non richieda espressamente una vittima.

³¹⁴ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 381; F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, cit., 129.

³¹⁵ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 109 s. L’Autore evidenzia come siano emerse sottofattispecie di lesioni personali meritevoli di un trattamento differenziato, in ragione delle dinamiche di realizzazione. Cfr. anche ID., *Oltre la logica della punizione*, cit., 344.

Riconosciuta l'applicabilità dell'istituto sostanzialmente per tutti i delitti contenuti nel codice penale oggi di competenza del giudice di pace (a seguito della sottrazione dell'omissione di soccorso) ed esclusa, alla luce di tali premesse, per le contravvenzioni e per i reati della legislazione complementare, in quanto tali illeciti si assestano sulla soglia del pericolo e presentano di regola un'offensività a vittima diffusa o indeterminata³¹⁶, un dubbio che rimane aperto e che le affermazioni della giurisprudenza – genericamente riferentesi ai reati di pericolo, nelle esclusioni – non consentono agevolmente di fugare riguarda alcuni casi di delitto tentato, che tuttavia abbiano cagionato un danno civile, quanto meno morale, risarcibile.

Le incertezze manifestate dalla giurisprudenza in merito all'applicazione dell'attenuante del risarcimento del danno in ipotesi di tentativo non possono che riverberarsi in questo contesto. Appare condivisibile, comunque, la dottrina che propende, con una certa giurisprudenza, per la soluzione positiva, quando tale forma di manifestazione del reato produce danni in senso civilistico e conseguenze “pericolose” eliminabili, secondo l'accezione più ampia che andremo a proporre³¹⁷.

3.3. Le condotte riparatorie: restituzioni, risarcimento, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato

Per entrare nel merito delle condotte rilevanti ai fini dell'estinzione, possiamo evidenziare che esse sono riconducibili a due categorie: la riparazione del danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento, contemplate come obblighi nascenti dall'illecito penale

³¹⁶ Per questa definizione cfr. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 61.

³¹⁷ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 381; S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, cit., 2953. È necessario evidenziare però che la giurisprudenza più recente è orientata a tale riguardo in senso contrario: Cass., 30 novembre 2011, n. 47500, in *Ced Cassazione 2011*: “La circostanza attenuante della riparazione del danno non è applicabile al tentativo di furto, presupponendo essa la consumazione del reato e l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione della cosa”.

già nell'art. 185 c.p., e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

Nonostante le apparenze, ed anche in forza del fatto che, secondo taluno, la condotta restitutiva, forma di “*restitutio in integrum* della situazione preesistente all'illecito”³¹⁸, o “risarcimento in forma specifica”³¹⁹, rappresenta più esattamente una modalità di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, le due forme di riparazione considerate nella prima parte dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 (risarcimento e/o restituzione) non sono da considerarsi in rapporto alternativo, perché la restituzione, da sola, non ripara l'intero danno civile³²⁰.

La riparazione mediante risarcimento deve poi tener conto tanto del danno civile patrimoniale (danno emergente e lucro cessante) quanto di quello non patrimoniale, secondo la nozione più ampia affermata in giurisprudenza, che deve considerarsi comprensiva del danno morale³²¹.

Il risarcimento – che viene qui implicitamente valorizzato per la sua capacità di soddisfare le esigenze compensative della vittima e quelle di punizione³²² – deve essere effettivo e, nell'ipotesi in cui la vittima opponga un netto rifiuto, è necessaria un'offerta “reale, seria e congrua nell'ammontare”³²³. A tale riguardo si possono porre dei problemi con riferimento alle modalità dell'offerta, esattamente come avviene per l'attenuante del risarcimento contemplata dall'art. 62 n. 6 c.p. È infatti controverso in giurisprudenza se l'offerta reale debba essere fatta nelle

³¹⁸ D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 556, sulla scorta di quanto affermato da Cass., 30 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1992, 317.

³¹⁹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 266.

³²⁰ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385 s.

³²¹ Abbiamo già ricordato nel secondo capitolo che le Sezioni Unite Civili, con la nota sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008 (in *Giust. civ.*, 2009, 913), confermata anche successivamente per tali profili (Cassazione, 16 febbraio 2009, n. 3677, sez. Unite, in *Giust. civ.*, 2010, 1467), hanno recentemente affermato che la categoria del danno non patrimoniale è ampia e generale, non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Cfr. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 337; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 344; D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 549.

³²² A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 991.

³²³ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 387.

forme civilistiche di cui agli artt. 1206 c.c. e ss. o, invece, senza ricorrere a forme particolari, ma seriamente e in modo da consentire al giudice di valutarla adeguatamente³²⁴.

Non essendo richiesta espressamente alcuna formalità, si ritiene preferibile la seconda opzione, una volta che il giudice riesca a valutare positivamente la congruità della somma messa a disposizione³²⁵.

Se il requisito fino ad ora analizzato è irrinunciabile per le ragioni già evidenziate, che contribuiscono a definire l'ambito applicativo del-

³²⁴ Il quadro generale è offerto da R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 387, che propende per l'ultima lettura. La giurisprudenza è però divisa. Con riferimento all'attenuante, ci sono, da un lato, sentenze (Cass., 15 maggio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 924; Cass., 13 dicembre 1995, n. 2837, in *Giust. Pen.*, 1996, II, 719) che impongono che l'offerta avvenga secondo le forme rituali di cui agli artt. 1206 ss. (procedura molto complessa, caratterizzata dall'intervento obbligatorio di un pubblico ufficiale, che è un notaio o un ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 73 att. c.c.): "Per l'applicabilità della circostanza attenuante della riparazione del danno, contemplata dall'art. 62, n. 6, c.p., è indispensabile che la riparazione stessa, oltre che volontaria ed integrale, sia anche effettiva. Ne consegue che la somma di danaro proposta dall'imputato come risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (art. 185, comma 2, c.p.) deve essere offerta alla persona danneggiata in modo da consentire alla medesima di conseguire la disponibilità concretamente e senza condizioni di sorta. Tale risultato può essere ottenuto – salva la valutazione di congruità rimessa al giudice e fuori del caso di versamento diretto del danaro nelle mani di colui cui spetta – solo con l'osservanza della forma prescritta dalle disposizioni della legge civile dettate proprio per creare, nell'ipotesi di rifiuto del creditore, un equipollente alla dazione diretta, vale a dire nelle forme dell'offerta reale, la quale si perfeziona con effetto liberatorio per il debitore al momento del deposito della somma presso la cassa depositi e prestiti o presso un istituto bancario. Il rispetto di tali prescrizioni integra l'estremo dell'effettività delle riparazioni ed è altresì rivelatore della reale volontà dell'imputato di eliminare, per quanto possibile, le conseguenze dannose del reato commesso". Dall'altro, ci sono sentenze (Cass., 20 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1216) che richiedono "che la somma sia stata posta in modo certo ad effettiva ed incondizionata disposizione del danneggiato e che di tale circostanza sia fornita prova precisa ed inequivocabile", senza però che la serietà dell'offerta debba risultare "da una prova integrante gli estremi dell'offerta reale prevista dal codice civile". Si riferisce – senza tuttavia imporlo – ad un "verbale di offerta reale, ex art. 1209 c.c., della somma di E. 1.250,00", proprio una sentenza della Cassazione del 2005, in tema di art. 35 d.lgs. 274/2000 (Cass., 24 maggio 2005, n. 14070, in *Cass. pen.*, 2006, 2914).

³²⁵ Cfr. E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 861, che parla solo di libretto infruttifero o assegno circolare.

l'istituto, e quindi merita di essere attentamente considerato, altri dubbi interpretativi di non agevole soluzione sono posti dall'ulteriore presupposto dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che, sebbene non del tutto sconosciuto, con alcune variazioni, nel nostro ordinamento³²⁶, è ancora privo di una definizione pacifica³²⁷.

Richiamando quanto sostenuto più in generale da un'attenta dottrina, possiamo affermare che con tale requisito si mira a ripristinare qualcosa di più del mero danno civilmente risarcibile: se "non è assodato che tale *quid pluris* coincida con l'"offesa" del reato [...] è certo che esso è più simile al danno/pericolo per il bene protetto che al danno civile"³²⁸.

Un contributo esegetico importante, in questo senso, può venire dalle letture, anche giurisprudenziali, offerte con riferimento agli altri istituti che contemplano un simile presupposto ed in particolare alle corrispondenti attenuanti (disciplinate nella parte generale del codice). In una recente sentenza, la Cassazione, nell'ambito di un indirizzo consolidato, ha affermato ad esempio che:

le due circostanze attenuanti del reato contenute nell'art. 62 n. 6 c.p. (riparazione totale del danno e ravvedimento operoso) hanno sfere di applicazione autonome, l'una essendo correlata al danno inteso in senso civilistico, e cioè alla lesione patrimoniale o anche non patrimoniale,

³²⁶ A titolo esemplificativo, si veda l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. ("essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato"), la disciplina della sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.: "la sospensione condizionale [...] può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato") o quella dell'oblazione discrezionale (art. 162-*bis* c.p.: "L'oblazione non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104 o dall'articolo 105, né quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore").

³²⁷ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 105. Sul punto, cfr. anche A. MELCHIONDA, *L'oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 102, che, in tema di oblazione, evidenzia come sussistano diverse difficoltà interpretative in ordine all'esatta individuazione di quali elementi debbano essere presi in considerazione ai fini di tale valutazione.

³²⁸ D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione*, cit., 30.

ma economicamente risarcibile, l'altra collegandosi, invece, al danno cosiddetto criminale, cioè alle conseguenze, diverse dal pregiudizio economicamente risarcibile, che ineriscono alla lesione o al pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata³²⁹.

Così, anche per l'art. 35, mentre la condotta descritta nella prima parte della norma atterrebbe al danno civile, le conseguenze dannose o pericolose si collocherebbero sul piano dell'offesa (lesione o messa in pericolo) arrecata al bene giuridico tutelato dalla fattispecie³³⁰.

Vista la genericità dell'affermazione dovuta al fatto che, effettivamente, il legislatore ha omesso di precisare limiti ed oggetto di questa forma di condotte riparatorie³³¹, in alcuni commenti la dottrina ha ritenuto necessario offrire all'interprete qualche spunto ulteriore. La seconda parte della norma, più precisamente, fotograferebbe "i riflessi nel mondo naturalistico del danno criminale, e quindi le conseguenze dell'offesa tipica del reato"³³². Ci si riferirebbe "a tutti quegli effetti naturalistici umanamente ed integralmente rimovibili in cui si materializza

³²⁹ Cass., 27 maggio 2010, n. 27542, in Ced Cassazione 2010. Nello stesso senso, tra le altre, Cass., 10 ottobre 2003, n. 4304, in *Cass. pen.*, 2005, 1925. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 345, si riferisce a "tutto ciò che di dannoso o pericoloso sia derivato dall'illecito", escluso il danno patrimoniale e non patrimoniale. Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 246 e 256.

³³⁰ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 388; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338, parla, invece, più genericamente, di "impatto non economicamente apprezzabile". Nello stesso senso cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921. *Contra* B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano?*, cit., 9 s., che parla di "natura esclusivamente monetaria della riparazione ex art. 35", in quanto – non condivisibilmente – nella disciplina del giudice di pace non sembrerebbe ancora dominante una visione del reato come conflitto interpersonale.

³³¹ D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione*, cit., 32. A pag. 35 l'Autrice si sofferma altresì sulla difficoltà di ipotizzare una eliminazione dell'offesa già arrecata.

³³² S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 514.

l'offesa "criminale" e rispetto ai quali il reato si colloca come antecedente causale³³³.

Questa lettura, più puntuale, ora riproposta, presenta tuttavia dei risvolti problematici: valorizzando in questi termini il presupposto si può rischiare, infatti, inaccettabilmente di escludere dall'ambito applicativo dell'istituto i reati con vittima che siano privi di conseguenze dannose e pericolose eliminabili e che, almeno nel contesto del giudice di pace, non rappresentano delle isolate eccezioni, quanto invece la maggioranza dei casi (percosse e lesioni, solo a titolo esemplificativo)³³⁴.

È necessario, allora, ritornare alla distinzione più generale tra danno civile e danno criminale per approfondire la questione da un'altra prospettiva.

Appare utile richiamare, infatti, le considerazioni svolte in tema di giustizia riparativa, recuperando in questo particolare contesto il già descritto concetto di riparazione in senso ampio, che sul piano dell'"offesa complessa", in qualche misura mira a ripristinare l'ordine violato dal reato, con riferimento, da un lato, alla reintegrazione del bene e, dall'altro, ad aspetti immateriali quali il dialogo, il rispetto, la dignità e l'autostima della persona offesa, la sua sofferenza fisica e psicologica³³⁵. Se, nell'ottica della riparazione, il reato non rappresenta solo la

³³³ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 388; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 237. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 259, non molto diversamente, con riferimento alla sospensione condizionale della pena, parla di "effetti materiali visibili e durevoli dell'offesa al bene giuridico contemplato dalla legge" e, con riferimento all'oblazione (pag. 263), parla di "modificazioni che il fatto determina nel mondo naturalistico".

³³⁴ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379.

³³⁵ Cfr., come già ricordato, F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s. La Cassazione, per esempio, ha affermato – con riferimento all'attenuante dell'art. 62 n. 6 c.p. – "L'attenuante, di cui all'art. 62 n. 6 c.p., è concedibile quando si constati che, senza condizionamenti o pressioni esterne, nonché efficacemente l'imputato, prima del giudizio, abbia posto in essere quel comportamento descritto nella seconda ipotesi della stessa norma e cioè abbia cercato di elidere le conseguenze dannose della sua attività, mostrando, così, di tendere a reintegrare in qualche modo l'ordine sociale leso e ad uscire da quella situazione di

violazione di una norma penale, ma anche la rottura di una dimensione comunicativa, la condotta riparativa deve mirare ad azzerare “un disvalore di relazione” per tradurlo in antitetico “valore di relazione”³³⁶.

Così, con uno sguardo al sistema, se si tiene conto del contesto “conciliativo” e “dialettico”³³⁷ di riferimento e delle istanze della giustizia riparativa a cui il modello del giudice di pace almeno parzialmente si ispira – facendo propria la concezione del reato come fatto dinamico e “relazionale”³³⁸ – si può proporre una coerente rilettura, in chiave ugualmente *relazionale*, del requisito dell’eliminazione delle conseguenze, che, oltre ed al di là del profilo strettamente risarcitorio (il quale, solo con riferimento ai reati contro il patrimonio, può avere un significato sul piano dell’offesa) permetta di premiare i comportamenti positivi e/o gli sforzi dell’indagato o dell’imputato volti alla reintegrazione del bene anche attraverso la pacificazione o, quanto meno, l’instaurazione di una comunicazione, il ristabilimento di un rapporto con la vittima (almeno mediante una semplice lettera di scuse)³³⁹.

grave antisocialità in cui si era posto commettendo reato” (Cass., 28 gennaio 1986, in *Cass. pen.*, 1987, 1325).

³³⁶ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 125.

³³⁷ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1016, parla di “giustizia penale dialettica”.

³³⁸ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152. Anche A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1007, seppure a fini diversi, si sofferma sulla necessità di far propendere l’interprete verso una valorizzazione dei profili più marcatamente ispirati alla logica ed ai principi della giustizia conciliativa.

³³⁹ In tal senso sembra orientato G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 115, quando afferma che i delitti contenuti nel codice penale sono caratterizzati dal fatto che le “conseguenze dannose sono agevolmente riparabili – prima e soprattutto attraverso la ricomposizione conciliativa del conflitto di cui il reato è l’espressione finale – ad opera dell’intervento pacificatore del giudice”. Cfr. altresì G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155, che individua una convergenza di potenzialità preventive tra mediazione e riparazione. S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, cit., 2953, con riferimento ad un’ipotesi di diffamazione, ad esempio richiede, per il beneficio della causa estintiva, una rettificazione delle affermazioni offensive, tramite lettere di scusa indirizzate ai presenti.

In difetto, in termini più tradizionali, ci si può limitare a riconoscere uno spazio più circoscritto al presupposto dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che dovrebbe essere letto, in conformità alle definizioni offerte da una parte della dottrina sopra citata, con l'implicita precisazione "se eliminabili", o "in quanto possibile", come avviene ad esempio, per espressa scelta legislativa, nell'oblazione discrezionale³⁴⁰.

A guardar bene, peraltro, gli effetti pratici di questa seconda opzione ermeneutica potrebbero non essere molto diversi da quelli prodotti dalla prima, se le condotte positive ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno ed alla restituzione – riconducibili ad un'ampia nozione di riparazione – trovassero uno spazio adeguato nel giudizio di equivalenza sanzionatoria, in seno alle esigenze di riprovazione e di prevenzione.

Per concludere su questo profilo, pur consapevoli che non tutta la dottrina è concorde, si ritiene preferibile che entrambi i presupposti richiesti dalla norma – riparazione del danno ed eliminazione delle conseguenze, nell'accezione, più ampia, analizzata – siano integrati, per l'applicazione dell'istituto, al fine di evitare di privilegiare eccessivamente (riproponendo la terminologia cara ai tedeschi) la riparazione del danno, rispetto a quella del fatto³⁴¹. Qualora invece si preferisse una lettura riduttiva del requisito dell'eliminazione delle conseguenze, lo spazio per valorizzare comunque la dimensione relazionale dovrebbe essere trovato in sede di valutazione delle esigenze connesse ai fini della pena.

A supporto di una lettura favorevole alle coesistenza dei requisiti, del resto, basti ricordare che se la Cassazione, da un lato, ha affermato che "la riparazione non può non avere carattere anche patrimoniale" e

³⁴⁰ Cfr. S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 516. Cfr. anche G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 346. Per l'oblazione discrezionale cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 147.

³⁴¹ Cfr. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 106. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 481 si sofferma proprio sulla diversità delle espressioni utilizzate nei due ordinamenti.

che non possono bastare le sole dichiarazioni di scuse³⁴², essa, dall'altro, ha escluso ogni automatismo tra il mero risarcimento e l'estinzione, chiedendo anche "l'eliminazione effettiva delle conseguenze dannose o pericolose del reato"³⁴³ o, quanto meno, con effetti pratici avvicinati, di valutare in concreto "l'eventuale sussistenza di conseguenze dannose e pericolose del reato nonché delle esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione"³⁴⁴.

Nello stesso senso, più di recente, la Cassazione³⁴⁵ ha ripreso alcune argomentazioni di una importante sentenza delle Sezioni Unite intervenuta nel 2015, sulla quale ci soffermeremo, per mettere bene in luce come:

il legislatore abbia escluso qualsiasi automatismo per l'esplicazione degli effetti estintivi, subordinando la pronuncia ad una valutazione di idoneità della condotta risarcitoria e riparatoria posta in essere dall'imputato, la quale richiede comunque la completa riparazione del danno cagionato dal reato e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, che se può prescindere dal positivo apprezzamento della parte lesa, non può fare a meno della positiva valutazione del giudice.

Nel caso di specie – ove la Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi in merito alla mancata applicazione dell'art. 35, in un caso di ingiurie di un insegnante nei confronti di un collega nel corso di un Consiglio di classe, a fronte dell'offerta di 2.500 Euro – il giudice di pace

³⁴² Cass., 22 settembre 2005, n. 40818, in Ced Cassazione 2005: "Nel procedimento davanti al giudice di pace, il meccanismo di estinzione dell'illecito previsto dall'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, può trovare applicazione soltanto quando l'imputato proceda, attraverso il risarcimento o le restituzioni eseguiti prima della udienza di comparizione, a riparare il danno direttamente cagionato dal reato contestatogli. La riparazione non può non avere carattere anche patrimoniale e il potere di sindacato del giudice, nel riconoscerne la idoneità, non può spingersi oltre i requisiti oggettivi previsti dall'art. 35, tra i quali vi è quello della anteriorità rispetto alla attività istruttoria".

³⁴³ Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in Ced Cassazione 2007; Cass., 18 febbraio 2010, n. 9194, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 546, richiedendo almeno l'espressione delle scuse da parte dell'imputato.

³⁴⁴ Cass., 29 maggio 2008, n. 27439, in *Cass. pen.*, 2009, 3938.

³⁴⁵ Cass., 7 settembre 2015, n. 127, in *Diritto e giustizia*, 7 gennaio 2016.

aveva così correttamente escluso che sussistessero i presupposti per l'estinzione del reato visto che l'episodio era avvenuto

in una istituzione scolastica, la quale per la funzione educativa deve essere tenuta immune da qualsiasi atto di violenza verbale o fisica, nell'ambito di un consiglio di classe, alla presenza degli altri professori e dei rappresentanti dei genitori, per cui evidentemente il mero versamento di una somma di denaro non era in grado di eliminare le conseguenze dannose del reato.

I problemi esegetici posti dalla norma non si esauriscono tuttavia nelle considerazioni fino ad ora svolte.

Ci si chiede, innanzitutto, se la condotta riparatoria debba essere esclusivamente personale³⁴⁶. Secondo taluno, il requisito sarebbe implicito nel secondo comma dell'art. 35: le condotte riparatorie possono consentire il richiesto giudizio di idoneità rispetto alle esigenze di riprovazione e di prevenzione, solo se poste in essere personalmente dal soggetto agente³⁴⁷.

La questione prospettata assume caratteri di grande attualità se si comincia a pensare alle ipotesi di risarcimento operato unicamente dalla compagnia assicuratrice, rispetto al quale, in chiave oggettivistica, è stato condivisibilmente evidenziato come la valenza soddisfattoria non sia certo diminuita solo perché il pagamento proviene da un terzo³⁴⁸. Nel campo delle lesioni dipendenti da sinistri stradali, poi, come già affermato con riferimento all'attenuante³⁴⁹, si graverebbe eccessiva-

³⁴⁶ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236 è, ad esempio, favorevole. Cfr. altresì E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 858; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 277, nonché S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526, con accenti critici. Per una riflessione sulla corrispondente attenuante cfr. D. FONDA-ROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 251.

³⁴⁷ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 384.

³⁴⁸ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 106.

³⁴⁹ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138, in *Cass. pen.*, 1998, 2297: "È infondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell'art. 62 n. 6 c.p., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui, secondo il prevalente orientamento interpretativo della Corte di Cassazione, non consente l'applicabilità della attenuante nella ipotesi in cui il risarcimento del danno cagionato alla persona offesa sia stato effettuato dalla compa-

mente l'indagato o l'imputato, qualora si pretendesse un risarcimento personale da parte sua, visto che egli è tenuto per legge a dotarsi preventivamente di una copertura assicurativa e che l'assicurazione interviene di norma in via diretta nei confronti del soggetto leso³⁵⁰.

Si può, allora, ribadire, semplicemente, che con l'allargamento del quadro valutativo all'eliminazione delle conseguenze del reato, "che necessariamente è a cura dell'imputato"³⁵¹, e agli indici della riprovazione e della prevenzione, la soddisfazione del danno economico non rappresenta che uno dei criteri-guida: ferma la possibilità di un risarcimento proveniente dal terzo nell'interesse del reo (se fatto proprio da quest'ultimo)³⁵², la condotta risarcitoria non deve considerarsi automaticamente sufficiente, come del resto avviene anche in Germania. Il giudice di pace è chiamato a considerare sempre, ulteriormente, anche l'atteggiamento mostrato dal reo, gli sforzi relazionali da lui compiuti ed i segnali della sua capacità di ravvedimento³⁵³.

gnia assicuratrice in forza di contratto di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi (la Corte ha osservato che l'interpretazione dell'attenuante in chiave meramente soggettiva, che ravvisasse in essa una finalità rieducativa, contrasterebbe con l'art. 3 Cost. sotto i molteplici profili evidenziati dal giudice rimettente e dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, giacché da essa seguirebbe una arbitraria svalutazione dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, previsto dalla l. n. 990 del 1969, istituto che svolge nel nostro ordinamento una insostituibile funzione riequilibratrice, in attuazione degli imperativi contenuti nell'art. 3 Cost.)". Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 252.

³⁵⁰ M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 194; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 77; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 437 s.; G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile*, cit., 3939 s.; S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, cit., 153 s. In giurisprudenza, per tutte: Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, in *Giudice di pace*, 2009, 1, 84.

³⁵¹ D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 346.

³⁵² Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 344.

³⁵³ S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, cit., 157; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 117. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 2010, n. 9194, cit., 546, che ha escluso che possa integrare la causa estintiva il risarcimento effettuato dall'INAIL, poiché i contributi versati a tale istituto hanno ad

Dato per scontato che la riparazione non deve essere mai il frutto di una coazione³⁵⁴, ci si è lungamente chiesti altresì, sulla base del dato normativo, se essa necessiti di essere sempre integrale. Una prospettiva favorevole a questa lettura³⁵⁵ risente degli influssi della giurisprudenza della Corte costituzionale ancora una volta formatasi in riferimento all'attenuante, soprattutto con la sentenza n. 138/1998. L'attenuante viene qualificata come essenzialmente oggettiva, per dare preminente risalto alla figura della persona offesa ed all'esigenza che il pregiudizio da questa subito a causa del comportamento criminoso del colpevole sia interamente ristorato³⁵⁶. Anche se molte sentenze recenti hanno condiviso questo orientamento, esso può evidentemente discriminare i cittadini meno abbienti³⁵⁷.

È questo, di certo, uno dei profili più problematici dell'istituto.

È vero che le discriminazioni legate alle condizioni economiche del reo possono considerarsi fisiologiche nel sistema penale, non solo con riferimento alla sanzione pecuniaria, che a differenza di quella detentiva non incide su un bene tendenzialmente omogeneo, ma anche con riferimento alle conseguenze favorevoli che normalmente discendono dal risarcimento del danno addirittura in ipotesi di procedibilità d'ufficio³⁵⁸. Del resto, in qualche misura, il riconoscimento del risarcimento da parte dell'assicurazione può contribuire a temperare tale effetto. Tut-

oggetto somme di denaro proprie dello stesso danneggiato. Cfr. altresì Cass., 23 maggio 2014, n. 38957, in *Archivio della circolazione e dei sinistri*, 2015, 6, 546, in cui la Corte ha escluso di considerare idoneo, ai fini che ci occupano, il risarcimento operato dalla compagnia di assicurazione del terzo proprietario del veicolo alla guida del quale l'imputato aveva cagionato le lesioni, "essendo ad esso estranea l'attivazione dell'imputato per l'eliminazione delle conseguenze dell'illecito attraverso interventi concreti atti ad assicurare alla persona offesa il ristoro del pregiudizio subito e a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione connesse al fatto tipico".

³⁵⁴ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 85.

³⁵⁵ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 445; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338. Criticamente R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385; ID., *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 183.

³⁵⁶ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138, cit., 2297.

³⁵⁷ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526.

³⁵⁸ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 160.

tavia, in una prospettiva orientata alla Costituzione, c'è chi ha proposto l'introduzione di un correttivo, perché ci si possa accontentare di una riparazione parziale, nelle ipotesi in cui l'integralità della riparazione/risarcimento, nonostante lo sforzo profuso, non sia realizzabile a causa delle condizioni disagiate del soggetto indagato o imputato³⁵⁹.

Quest'ultima lettura, che non presenta particolari controindicazioni sostanziali (in quanto l'autore del reato avrebbe fatto tutto quanto era in suo potere per adempiere agli oneri), pareva però difficilmente praticabile *de iure condito*³⁶⁰ in quanto contrastante con la lettera della norma, che ha attuato il disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Giustizia della Camera, ad unificazione dei numerosi progetti di legge via via presentati in tema di giurisdizione di pace. L'originaria formulazione contenuta nel disegno di legge governativo, concernente l'opportunità di prevedere "ipotesi di estinzione del reato conseguenti a condotte anche parzialmente riparatorie o risarcitorie del reato", è stata modificata ed è stata soppressa la locuzione "anche parzialmente"³⁶¹.

Le Sezioni Unite, nel 2015, hanno però definitivamente posto fine a questo dibattito, condividendo l'opzione interpretativa minoritaria, pur a testo normativo immutato.

La questione della natura intrinsecamente oggettiva o soggettiva dell'istituto, qui solo sommariamente accennata, viene valorizzata anche con riferimento al tema della comunicabilità o meno di tale ipotesi di "non punibilità" in caso di concorso di persone nel reato. Coloro, infatti, che qualificano l'istituto come causa sopravvenuta di non punibilità

³⁵⁹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236 s.; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocedurali*, cit., 118. Cfr. anche G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 345.

³⁶⁰ D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 348.

³⁶¹ Come evidenzia S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 333, il citato d.d.l. governativo, presentato il 15 luglio 1996 alla Camera dei deputati dall'allora Guardasigilli, G.M. Flick, ha fornito il nucleo centrale per i lavori destinati a condurre, seppur attraverso numerosi passaggi e l'intervento della Commissione Giustizia della Camera, all'approvazione del testo della delega al Governo per la devoluzione di competenza penale al giudice di pace. Cfr. altresì F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, cit., 126.

procedono ad un'analisi approfondita della sua natura, al fine di applicare adeguatamente l'art. 119 c.p., primo o secondo comma³⁶².

A fronte di argomenti a favore della natura oggettiva, non ne mancano altri a sostegno dell'opzione ermeneutica opposta. In particolare, si evidenzia come una riflessione attenta sulla *ratio* e sul funzionamento di questo istituto non possa prescindere dall'evidenziare la necessità per il giudice di prendere in considerazione, oltre alla riparazione, le esigenze di riprovazione e prevenzione, da valutarsi anche con riferimento alla persona del singolo indagato/imputato, con conseguente applicazione dell'art. 119 c. 1 c.p.: la riparazione del danno, per essere efficace nei confronti di tutti i concorrenti, oltre ad essere integrale, deve essere frutto di una cooperazione in tal senso, e quindi i singoli dovrebbero aver cooperato nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose anche qualora si accertasse che un solo concorrente ha risarcito nell'interesse di tutti³⁶³.

Secondo l'opzione ricostruttiva che abbiamo ritenuto di preferire in merito all'inquadramento dell'istituto, tuttavia, questo problema è superabile agilmente senza dover ricorrere ad indagini approfondite sulla natura oggettiva o soggettiva della clausola. Nonostante la natura solidale dell'obbligazione risarcitoria³⁶⁴, l'estensione dell'istituto delineato dall'art. 35 ai compartecipi che non abbiano cooperato alla riparazione è esclusa, innanzitutto, in forza della disciplina generale delle cause di estinzione del reato: "Salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce" (art. 182 c.p.)³⁶⁵.

³⁶² S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 524 ss.

³⁶³ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 525. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 383 giunge a questa conclusione senza argomentare sull'art. 119 c.p.

³⁶⁴ D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 557.

³⁶⁵ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 189 s.; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 82. Appare così meno rilevante la giurisprudenza formatasi, su questo profilo, con riferimento all'attenuante. Si può tuttavia ricordare la sentenza Cass., S.U., 22 gennaio 2009, n. 5941, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, in cui è stato affermato: "In caso di concorso di persone nel reato, l'integrale risarcimento del danno da parte di uno dei coimputati non importa l'automatica

In conclusione sul tema delle condotte riparatorie, dobbiamo solo evidenziare come non vi sia dubbio alcuno circa il fatto che la prova dell'intervenuto risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose debba essere fornita dall'imputato³⁶⁶.

3.4. *Le esigenze di riprovazione e di prevenzione ed il ruolo della vittima*

Analizzando l'istituto delineato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, è stato affermato che il fondamento dell'estinzione del reato, consentita dalle condotte riparatorie, è rappresentato dal soddisfacimento delle esigenze di reintegrazione giuridica sottese alla commissione del reato, sia sul versante dell'interesse privato, sia su quello dell'interesse pubblico³⁶⁷.

applicazione della relativa attenuante (art. 62, n. 6, c.p.) anche agli altri coimputati. Infatti, l'estensione dell'attenuante, anche quando nel risarcimento sia intervenuto un terzo, sia pure questi un correo, presuppone che la condotta riparatoria sia comunque connotata da volontarietà (come è reso palese dalla formulazione della norma: "l'aver... riparato interamente il danno mediante il risarcimento... e mediante le restituzioni"): cosicché, se uno dei correi ha già provveduto in via integrale, gli altri, per potersi giovare dell'attenuante, dovranno nei tempi utili richiesti dalla norma rimborsare il complice più diligente ovvero comunque dimostrare di avere avanzato una seria e concreta offerta integrale di risarcimento". Critica, sul punto, la posizione di S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 523 ss., che non condivide l'inquadramento dogmatico dell'istituto e lascia la questione aperta. Recentemente, in una sentenza del Tribunale di Lucera (Tribunale di Lucera, 13 marzo 2013, n. 1001, in *Giur. mer.*, 2013, 2164) si è precisato che al coimputato non può essere estesa la speciale causa estintiva del reato di cui all'art. 35, perché alla sentenza di estinzione si perviene solo se le condotte sono idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione, che sono collegate a profili di natura esclusivamente soggettiva e riferibili alla sola persona dell'imputato che ha tenuto le condotte idonee alla declaratoria di estinzione del reato.

³⁶⁶ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 92; A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 403.

³⁶⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 328. Nello stesso senso: S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 343; E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 858, che parla di "riaffermazione della prescrizione incriminatrice violata".

Di fronte al rischio che possa configurarsi, sullo sfondo dell'istituto, una sorta di monetizzazione della responsabilità penale, il legislatore non si è limitato a richiedere l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, ma ha anche previsto che il giudice di pace dichiari il reato estinto solo quando le condotte riparatorie si mostrino idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione³⁶⁸.

Tali presupposti non sono facili da definire, né soprattutto, da accertare, attribuendo al giudice di pace un potere discrezionale molto ampio³⁶⁹. Se sono state formulate delle critiche in particolare con riferimento al concetto di "riprovazione", dal possibile significato "eticomorale"³⁷⁰, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie si sono spesso limitate ad affermare genericamente che questa verifica è necessaria per assicurare all'intervento una "valenza retributiva e di prevenzione speciale"³⁷¹.

Il quadro appare complesso. Sul piano delle esigenze di riprovazione, si è evidenziato come si tratti di un richiamo "rassicurante" a prospettive di tipo retributivo e di proporzionalità con il reato³⁷², che, secondo talu-

³⁶⁸ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 503; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 352; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 437; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 389; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 235. Cfr. anche L. PICOTTI, *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 207.

³⁶⁹ Molto critica è la posizione di R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 390, che ritiene la riparazione inidonea a svolgere le funzioni della pena. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 317; ID., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, 135; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053.

³⁷⁰ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 123. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 73.

³⁷¹ Cass., 24 marzo 2005, n. 14070, in *Cass. pen.*, 2006, 2914. N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 228, parla di compensare il "disvalore complessivo dell'illecito e/o le esigenze di prevenzione speciale".

³⁷² R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 392, parla, in una prospettiva particolare, di necessità, per il giudice di pace, di operare un giudizio di

no, “non appaiono molto coerenti con il contesto teleologico nel quale si muovono le complessive opzioni sanzionatorie del d.lgs. 274/2000”³⁷³. Sotto il profilo della prevenzione, invece, da un lato si è rimarcata la necessità di potenziare la tenuta general-preventiva del sistema sanzionatorio affidato al giudice di pace³⁷⁴, sottolineando l’importanza degli effetti sociopedagogici e di ristabilimento della fiducia collettiva di una condotta positiva, dall’altro la maggior parte della dottrina ha posto l’accento soprattutto sulla funzione di prevenzione speciale affermando che il riconoscimento del danno cagionato alla vittima deve acquistare un significato che va al di là della sua dimensione materiale e patrimoniale, rispondendo ad esigenze rieducative, special-preventive e di composizione del conflitto³⁷⁵. La capacità surrogatoria delle condotte riparative va misurata infatti in relazione al peso delle sanzioni irrogabili dal giudice di pace, che hanno più una connotazione special-preventiva, che repressivo-retributiva³⁷⁶.

proporzionalità che tenga conto dell’“interesse della vittima”, da una parte, e del “male” commesso dall’altra. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 326; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 90.

³⁷³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 340, invece, esclude che attraverso simile parametro si sia inteso recuperare una logica retributiva e parla di capacità di “auto-ravvedimento”.

³⁷⁴ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 519.

³⁷⁵ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 146; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 143; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace*, cit., 71; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 119; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 318.

³⁷⁶ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 155. Come rileva S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 341, nello schema sottoposto al vaglio delle Camere ci si limitava, in una prospettiva special-preventiva, a chiedere che fosse accertato che la riparazione era avvenuta “con modalità che il giudice ritiene adeguate anche al fine di impedire la reiterazione di analoghe condotte”.

La Cassazione ha ritenuto di non dover sollevare l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.), nella parte in cui prevede che il giudice pronunci sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie o riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. Secondo la Suprema Corte, infatti, il potere discrezionale del giudice,

attenendosi a nozioni con preciso contenuto giuridico fissato dal legislatore – verificabili pertanto in sede di impugnazione – non determina la violazione del principio di uguaglianza e di parità di fronte alla legge³⁷⁷.

Appare tuttavia preferibile, anche in prospettiva di riforma, attribuire un ruolo centrale alla prevenzione speciale, valorizzando la riparazione come “strumento o mezzo di coinvolgimento e di responsabilizzazione dell'autore, costretto a confrontarsi con le conseguenze lesive del suo agire per garantirsi una alternativa alla sanzione”³⁷⁸.

A fini generalpreventivi è già importante sottolineare come il riconoscimento dell'estinzione, proprio sulla scorta di diversi presupposti supplementari al risarcimento, non sia scontato. Come è stato lucidamente affermato, è condizione di credibilità di un sistema repressivo che il futuro violatore della legge non possa tener conto “dei meccanismi legali, che consentono di evitare la sanzione, sicché possa conseguentemente regolare la propria condotta su di essi”³⁷⁹. È difficile negare, però, allo stesso tempo, come solo una ragionevole promessa di impunità possa svolgere una funzione di stimolo alla riparazione³⁸⁰.

La giurisprudenza, in diverse sentenze, si è soffermata sull'importanza di questo momento di valutazione al quale il giudice di pace è chiamato, sottolineando la necessità di una adeguata motivazione sul

³⁷⁷ Cass., 14 marzo 2003, n. 15798, in *Cass. pen.*, 2004, 1641.

³⁷⁸ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 521. Cfr. anche D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 352.

³⁷⁹ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 124 s.

³⁸⁰ Cfr. sul punto S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 522.

punto (non limitata ad affermazioni quali: “ritenuto adeguato il comportamento e congrua l’offerta”)³⁸¹, “avuto riguardo al contesto nel quale si inseriscono le condotte criminose, al significato di concreto ravvedimento dell’offerta e alla concreta efficacia dell’attività riparatoria a prevenire ulteriori reati”³⁸².

Quanto invece al ruolo della vittima, la norma di cui all’art. 35 non prevede alcun potere di veto della persona offesa, che deve solo essere sentita, mentre è conservata all’autorità giurisdizionale la discrezionalità nella scelta ultima sulla pronuncia che estingue il reato³⁸³.

Proprio per tale ragione, nonché in forza del richiamo ad un giudizio di idoneità delle condotte a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, tipiche della pena e ulteriori rispetto alla tutela della vittima privata, l’art. 35 potrebbe, a prima vista, apparire in contrasto con una giustizia conciliativa, intesa come “modalità di composizione *non punitiva* dei conflitti “aperti” dal reato”³⁸⁴. Ma il contrasto può essere superato.

Effettivamente si può ritenere che l’istituto di cui si discute partecipi, in qualche misura, alla “logica punitiva”³⁸⁵, che sia solo “pseudo-

³⁸¹ Cass., 6 novembre 2008, n. 45355, in Ced Cassazione 2008. Così: Cass., 29 maggio 2008, n. 27439, in *Cass. pen.*, 2009, 3938; Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in Ced Cassazione 2007.

³⁸² Cass., 9 luglio 2009, n. 38597, in *Guida dir.*, 2010, Dossier 2, 75. Proprio in applicazione di questo principio la Cassazione ha censurato la decisione con cui il giudice di pace aveva ritenuto l’idoneità dell’offerta reale, a costituire la condotta riparatoria normativamente prevista quale causa di estinzione del reato, consistita in 350 euro, in ordine ai reati di lesioni e minacce, perpetrate dall’imputato in danno dell’ex moglie, omettendo di considerare il contesto, caratterizzato da molteplici vessazioni, desumibile dai numerosi procedimenti pendenti a carico dell’imputato, nonché il fatto che due precedenti pronunce, ex art. 35 succitato, non avevano sortito alcuna efficacia dissuasiva: Cass., 26 febbraio 2009, n. 12736, Ced Cassazione 2009.

³⁸³ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 319; D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 121; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1006.

³⁸⁴ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 150. Cfr. altresì R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 319.

³⁸⁵ Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 345.

riparativo”³⁸⁶, ma è necessario capire bene in che prospettiva ci si sta muovendo nell’ambito del sistema del giudice di pace: quella della valorizzazione, in luogo della pena, esclusa dall’estinzione del reato, delle “condotte post-delittuose di riconciliazione con la vittima (dove il colpevole è soggetto attivo, paga il suo debito con la giustizia, non subendo la pena, ma attivandosi a favore dell’offeso)”³⁸⁷.

Le condotte positive riparatorie, quindi, possono rendere la pena e, prima ancora, potremmo dire, il processo non necessari, in considerazione delle finalità alle quali riescono autonomamente ad assolvere: esse rappresentano un equivalente funzionale della pena³⁸⁸, ma sono molto distanti da una sanzione in senso tradizionale.

A differenza infatti di quanto sembra avvenire nell’ordinamento tedesco, entro gli ampi confini delle due diverse ipotesi (riparazione del fatto/riparazione del danno) contemplate in via alternativa dal § 46a StGB, la riparazione di cui si discute, in questo particolare contesto, pare mantenere costantemente un carattere riconciliativo, nel senso che quello che l’autore del fatto deve cercare, in fondo, è sempre una ricomposizione con la vittima/persona offesa, attraverso un insieme di condotte positive³⁸⁹. Per mezzo dell’istituto “si restituisce valore alla figura dell’offeso”, non attraverso il riconoscimento di un suo potere di iniziativa, ma attraverso la valutazione del soddisfacimento del suo interesse³⁹⁰.

³⁸⁶ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 122, che si riferisce unicamente ad una compensazione del disvalore del fatto, in modo simile alla pena, “per un bilanciamento successivo attraverso una forma di *malum passionis*, che segue il *malum actionis*”.

³⁸⁷ Le parole di G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 150, già offrono una diversa lettura del contrasto da lui riscontrato. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 332 s.

³⁸⁸ Cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 120.

³⁸⁹ M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 198; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 49.

³⁹⁰ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332.

Tenendo infatti conto dello spirito che anima la riforma del giudice di pace, è chiaro che il giudice, lasciando da parte considerazioni di carattere generale, non può eludere l'attenta considerazione dell'interesse della persona offesa, né della sua effettiva soddisfazione, pur senza enfatizzarli oltre misura³⁹¹. Egli deve delicatamente privilegiare un criterio "fondato sull'idoneità del "ravvedimento operoso" a realizzare un'adeguata composizione del conflitto ingenerato dal reato"³⁹². Questa peculiare modalità di definizione alternativa del procedimento, in qualche modo,

può vedersi come conclusione di un *iter* conciliativo, che non sia pervenuto ad una compiuta soluzione consensuale, ma a seguito del quale il giudice sia in grado di stabilire il giusto punto di *contemperamento* delle opposte esigenze³⁹³.

A tale riguardo, del resto, basti ricordare il peculiare rapporto che si instaura tra le due principali fasi di valutazione giudiziale che caratterizzano l'art. 35 d.lgs. 274/2000.

Se qualche autore ha comprensibilmente tentato di ricondurre le due operazioni descritte dalla norma nell'ambito di un giudizio complessivo, finalisticamente orientato a cogliere la valenza punitiva della riparazione stessa, riconoscendo rilevanza anche ad un risarcimento minimo, purché spontaneo e giustificato dalle possibilità economiche, non

³⁹¹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 375; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1006; D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 350. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 112, distingue invece i reati contro il patrimonio dai reati contro la persona. La riparazione dei secondi, secondo lui, non dovrebbe mai prescindere da una valutazione di adeguatezza da parte della vittima: "Come negare alla vittima di un reato che colpisce beni della persona il diritto a ottenere un'affermazione di responsabilità, anche se seguita da una pena mite?". Cfr. anche ID., *Oltre la logica della punizione*, cit., 351, dove egli più moderatamente si limita ad affermare che va scongiurato l'abuso del potere di estinzione quando l'offesa non riguardi beni patrimoniali.

³⁹² A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1008.

³⁹³ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 145. V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 374, evidenzia come, infatti, nel testo definitivo l'istituto sia stato esteso a tutti i reati di competenza del giudice di pace e non solo a quelli procedibili d'ufficio. Cfr. anche G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 128.

vi è dubbio che, in base al dato normativo, il giudice di pace è comunque tenuto ad accertare sia la sussistenza di una riparazione congrua rispetto alle “esigenze compensative inerenti il profilo civilistico”, come è stato affermato di recente dalle Sezioni Unite³⁹⁴, o comunque rispetto alle esigenze riconciliative, sia l’“equivalenza sanzionatoria” della condotta³⁹⁵.

Così, anche se non si può più ritenere, come la giurisprudenza ha per lungo tempo affermato, che possano essere presi in considerazione solo il risarcimento e l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in misura integrale, gli interessi e la volontà della vittima hanno un peso, ancorché non decisivo, comunque rilevante nel condizionare la valutazione del giudice³⁹⁶.

Pur richiamando quanto di recente è stato affermato dalla Suprema Corte in merito alla *ratio* sottesa all’impianto generale del sistema del giudice di pace, dove “una tendenza alla responsabilizzazione della persona offesa” si accompagna ad una netta presa di distanza dal “dogma della sovranità della volontà della persona offesa”³⁹⁷, la vittima mantiene un ruolo così importante da non poter essere dimenticato neppure nell’applicazione di questo istituto³⁹⁸. Utilizzando il linguaggio caro ad

³⁹⁴ Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, in *Cass. pen.*, 2015, 3924 ss. Sulla sentenza cfr. *infra*.

³⁹⁵ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 153 s.

³⁹⁶ Addirittura determinante nella lucida ricostruzione di G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione*, cit., 154, alla quale ci si è significativamente riferiti.

³⁹⁷ Cfr. Cass., 23 marzo 2016, n. 12417, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 776 s. Con questa sentenza la Corte di Cassazione, mutando l’orientamento precedentemente espresso (anche con la sentenza delle Sezioni Unite, 20 ottobre 2008, n. 46088, Rv. 241357), ha ritenuto che, nel procedimento davanti al giudice di pace, l’assenza non giustificata all’udienza della persona offesa querelante, che non sia costituita parte civile – pur se espressamente avvertita dal giudice delle conseguenze abdicative e remissorie rispetto all’attivato impulso processuale derivanti dalla mancata comparizione – implichi una manifestazione di disinteresse al processo ed un sostanziale disinteresse alla prosecuzione dello stesso, ossia una manifestazione tacita di voler rimettere la querela (remissione extraprocessuale tacita).

³⁹⁸ Non è un caso che l’assoluta peculiarità dell’istituto – la cui disciplina presenta dei caratteri di originalità rispetto alle altre cause di estinzione del reato previste nel nostro sistema, poiché presuppone una valutazione in ordine all’entità dei danni subiti dalla parte civile – sia stata valorizzata dall’orientamento giurisprudenziale, oggi superato,

una certa dottrina, possiamo affermare che il “paradigma compensatorio” qui non si piega ancillarmente alle ragioni del “paradigma correzionale”³⁹⁹.

Anche se nell’ambito degli specifici reati attribuiti alla competenza del giudice di pace non pare sempre così rilevante, un ulteriore problema si pone per quanto attiene ai destinatari della riparazione risarcitoria: solo la persona offesa danneggiata o tutti i danneggiati, secondo un’ampia concezione, sempre più diffusa (anche sulla scorta dei documenti sovranazionali) della nozione di vittima? Se non vi è dubbio alcuno sulla necessità di tener distinti i concetti di danno civile e di danno criminale nonostante, anche in questo caso, il legislatore non sia sempre preciso nell’utilizzarli, la già descritta particolare attenzione che è rivolta, in generale, dal sistema del giudice di pace alla persona offesa, portatrice di “interessi penali”⁴⁰⁰, e non, invece, al semplice danneggiato⁴⁰¹, può fornire un utile criterio interpretativo, coerente con la tratteggiata natura intrinsecamente penale della giustizia riparativa e con la stretta relazione esistente tra la riparazione ed il piano dell’offesa⁴⁰².

Il risarcimento deve riguardare i danni civili subiti dalla persona offesa, che, del resto, il più delle volte coincide con il danneggiato in ipotesi di fattispecie di microconflittualità individuale⁴⁰³, mentre, per quelli subiti da terzi, sempre che si siano già costituiti parte civile, un impe-

favorevole al riconoscimento della sussistenza dell’interesse della parte civile ad impugnare la sentenza che applica la causa di estinzione del reato *ex art. 35 d.lgs. 274/2000*, anche agli effetti penali (Cass., 23 settembre 2010, n. 40876, in *Ced Cassazione* 2010).

³⁹⁹ M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione*, cit., 17.

⁴⁰⁰ N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità “per particolare tenuità del fatto”*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 146.

⁴⁰¹ Come già ricordato, sul punto è critica la posizione di A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa*, cit., 1185.

⁴⁰² Cfr. in questo senso, nell’ambito dell’attenuante dell’art. 62 n. 6: Cass., 7 novembre 2000, n. 702, in *Cass. pen.*, 2002, 1393, che si riferisce unicamente ai “danni provocati a persone offese non costituite in giudizio o non identificate”.

⁴⁰³ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 78 ss. L’autore invita a non farsi sopraffare dalle suggestioni che vengono dalla criminologia e dalle fonti sovranazionali e che rendono indistinti i confini tra le varie figure di cui si discute.

gno risarcitorio integrativo potrebbe essere eventualmente valorizzato nel giudizio di equivalenza sanzionatoria⁴⁰⁴.

È pur vero che l'art. 35 d.lgs. 274/2000, nell'elencare le parti che il giudice di pace deve sentire prima della pronuncia, si riferisce ad una persona offesa solo "eventuale" e ciò ha fatto sorgere dei dubbi in dottrina sulla corretta cognizione, da parte del legislatore, del concetto di "persona offesa"⁴⁰⁵, ma questa precisazione normativa va riferita esclusivamente al fatto che la persona offesa potrebbe non essere presente all'udienza in cui la sentenza viene pronunciata.

3.5. *L'istituto al vaglio della giurisprudenza: alcuni orientamenti e dati applicativi*

3.5.1. *Analisi di alcuni orientamenti giurisprudenziali*

Nell'analizzare la disciplina delle condotte riparatorie, abbiamo rapidamente fatto cenno all'ambiguità dell'istituto, che non è riuscito da subito a far emergere chiaramente la sua *ratio*, oggettiva o soggettiva, e presenta una natura composita⁴⁰⁶.

Quanto alla necessaria integralità ed effettività della riparazione, non sembra proprio che, fino alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2015, fosse mai stata messa in dubbio in giurisprudenza⁴⁰⁷. È stato affermato in più occasioni che l'eliminazione delle conseguenze dannose e la delibazione sull'idoneità della riparazione a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione richiamate dall'art. 35

⁴⁰⁴ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 248 s., del resto, evidenzia come anche con riferimento all'attenuante del risarcimento, titolare della pretesa risarcitoria sia la persona offesa. Cfr. Cass., 29 settembre 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, 344.

⁴⁰⁵ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 122.

⁴⁰⁶ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526.

⁴⁰⁷ Non è un caso, come vedremo, che i due orientamenti giurisprudenziali (oltre che, correttamente invece, dottrinali) descritti nella sentenza delle Sezioni Unite del 2015 si accompagnino all'indicazione di sentenze di legittimità a supporto solo con riferimento all'ipotesi della necessaria integralità del risarcimento e non invece a quella contraria, che si accontenterebbe di un positivo apprezzamento dell'idoneità satisfattiva della condotta riparatoria rispetto alle esigenze di riprovazione e di prevenzione.

d.lgs. 274/2000 sottolineano la richiesta legislativa di caratteristiche delle condotte riparatorie, anche economiche, ancora più ampie e gravose di quelle necessarie per la concessione della mera attenuante dell'art. 62 c.p., comma 1, n. 6, che già impone una riparazione totale del danno mediante risarcimento⁴⁰⁸. Allo stesso tempo, è stato ribadito che l'offerta risarcitoria deve essere seguita dal versamento o dalla messa a disposizione della somma, non essendo sufficiente una proposta verbale formulata prima dell'udienza⁴⁰⁹.

In alcune sentenze – prendendo in considerazione la finalità conciliativa che caratterizza il sistema del giudice di pace – si pone correttamente l'accento sulla volontà della persona offesa, anche al fine di valutare la congruità della riparazione⁴¹⁰. L'impressione generale che tuttavia si ha, leggendo alcune pronunce che hanno condiviso il principio dell'integralità fondato sul tenore letterale dell'art. 35 e su ragioni di sistema già indagate, è quella di una considerazione spesso superficiale di una problematica delicatissima: quella della corretta liquidazione del

⁴⁰⁸ Cass., 25 ottobre 2011, n. 38707, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 341. Nello stesso senso, a favore dell'integralità della riparazione cfr. Cass., 18 giugno 2008, n. 36516, in *Giudice di pace*, 2008, 4, 352; Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, in *Guida dir.*, 2008, n. 49, 89.

⁴⁰⁹ Cass., 7 novembre 2011, n. 40096, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 341.

⁴¹⁰ Cfr. anche Cass., 26 gennaio 2010, n. 10673, in *Ced Cassazione* 2010. Appare criticabile e privo di supporto normativo, tuttavia, il cenno operato in Cass., 25 ottobre 2011, n. 38707, cit., 341, alla possibilità di considerare ragionevolmente inidoneo ad integrare la causa estintiva un risarcimento di importo inferiore rispetto a quanto domandato dalla parte lesa. Nello stesso senso – sempre poco condivisibilmente – cfr. Cass., 11 novembre 2010, n. 112, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 3, 207 (ove si è giunti perfino a considerare che la pendenza di una causa civile promossa dalla persona offesa per ottenere un risarcimento più sostanzioso poteva rappresentare un elemento significativo per dimostrare che le condotte riparatorie poste in essere non avevano soddisfatto le gravissime conseguenze dell'incidente e quindi non potevano operare come causa estintiva). D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 348, sul punto, mette in guardia dal rischio di assolutizzare il fine conciliativo, ammettendo l'elezione delle richieste risarcitorie formulate dalla parte civile a parametro dominante del giudizio di idoneità delle condotte riparative. Si afferma infatti (S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, cit., 2957), al contrario, che, in ipotesi di accordo transattivo, la declaratoria di estinzione non è automatica.

danno civile, secondo criteri che possano consentire di verificare effettivamente l'integralità del risarcimento intervenuto.

Al di là delle pur complesse questioni attinenti al danno patrimoniale⁴¹¹, abbiamo già sottolineato, in generale, come la liquidazione del danno civile non patrimoniale, entro il quale rientra anche il danno morale, sia necessariamente caratterizzata da criteri di equità, non sussistendo indici automatici di liquidazione del relativo pregiudizio⁴¹², e come essa debba essere adeguatamente personalizzata, tenendo conto delle sofferenze patite dall'offeso, ma anche, secondo taluno, della gravità dell'illecito⁴¹³.

L'istituto di cui si discute dovrebbe poi applicarsi, auspicabilmente, in una fase molto anticipata del procedimento, quando ancora non è stata svolta attività istruttoria, e ciò non può che ostacolare ulteriormente la valutazione operata dal giudice⁴¹⁴.

Così se, sulla scorta della richiesta integralità, non sono mancate affermazioni soprattutto dottrinali favorevoli alla preclusione dell'azione civile per vantare le medesime ragioni economiche vagliate in sede penale⁴¹⁵, si poteva già ritenere preferibile una conclusione diversa, che tenesse conto delle riflessioni svolte sui riflessi processuali dell'inquadramento dell'istituto nell'ambito delle cause estintive e delle norme che disciplinano il rapporto tra una pronuncia che dichiara in sede penale l'estinzione del reato ed il procedimento civile susseguente, eventualmente attivato per ottenere il risarcimento del danno da reato.

⁴¹¹ Come evidenzia H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 298, si possono verificare dei casi in cui un lieve fatto colposo può avere come conseguenza un notevole danno patrimoniale.

⁴¹² Cfr. anche Cass., 28 settembre 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 1358.

⁴¹³ Sul punto ci siamo soffermati nel secondo capitolo del presente lavoro. Cfr. altresì D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 552.

⁴¹⁴ Non si capisce, allora, perché D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali*, cit., 348 richieda un accertamento severo e completo della sussistenza e misura del danno scaturito dal reato, in luogo di un accertamento serio, ma "allo stato degli atti".

⁴¹⁵ E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 857; D. BIANCHI, *Sull'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento per avvenuta riparazione del danno ex art. 35 d.lgs. 274/2000 (2012)*, in <http://www.penale.contemporaneo.it>.

In forza dell'art. 198 c.p. infatti non sembrano sussistere dubbi: l'estinzione del reato o della pena non importa il venir meno delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che non si tratti di quelle solidali di cui agli artt. 196 e 197 c.p.⁴¹⁶. Inoltre, alla luce del fatto che non è necessario che il reato venga accertato, perché ne venga dichiarata l'estinzione, in sede civile il giudice dovrà integralmente ed autonomamente valutare il fatto in contestazione⁴¹⁷.

La giurisprudenza ha pienamente confermato la conclusione contraria ad ogni preclusione, che può essere altresì supportata da considerazioni attinenti anche solo ai limiti istruttori che incontra il magistrato onorario in una fase anticipata del procedimento ed al fatto che la per-

⁴¹⁶ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 198.

⁴¹⁷ D. BIANCHI, *Sull'efficacia extrapenale*, cit., 1 ss. L'Autore ricorda altresì l'orientamento fatto proprio da Cass., 18 febbraio 2010, 3903, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 234: "Il principio secondo cui, nel caso di sentenza di estinzione del reato per amnistia, il giudice civile, adito per il risarcimento del danno, conserva la piena facoltà di ricostruire il fatto e di accertare, ai fini dell'art. 2059 c.c., se in esso ricorrano gli elementi costitutivi del reato, incontra un limite quando nel giudizio penale sia stato necessario un accertamento di merito per l'applicazione della amnistia, come nell'ipotesi in cui l'amnistia è la conseguenza dell'esclusione di circostanze aggravanti o del giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti", oggi però superato dalle Sezioni Unite Civili con la sentenza Cass., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 523: "In tema di giudicato, la disposizione di cui all'art. 652 c.p.p., così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 dello stesso codice, costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile e non è, pertanto, applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. Ne consegue che soltanto la sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima), pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre le sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non hanno alcuna efficacia extrapenale, a nulla rilevando che il giudice penale, per pronunciare la sentenza di proscioglimento, abbia dovuto accertare i fatti e valutarli giuridicamente. Ne consegue, altresì, che, nel caso da ultimo indicato il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione". Per un'analisi di diverse ipotesi di impugnabilità (o meno) delle sentenze di proscioglimento ad opera della parte civile cfr. G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile*, cit., 3946 s.

sona offesa non può impedire la pronuncia *ex art. 35*⁴¹⁸. La Cassazione, anche precedentemente alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2015⁴¹⁹, ha affermato che una sentenza del giudice di pace che si fondi sull'accertamento della congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000, con valutazione operata allo stato degli atti, senza alcuna istruttoria e con sentenza predibattimentale, non può produrre alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile. L'art. 652 c.p.p. prevede che solo la sentenza di assoluzione pronunciata in giudizio, in seguito a dibattimento, per insussistenza del fatto, mancata commissione dello stesso da parte dell'imputato o ricorrenza di un'esimente ha efficacia di giudicato nell'eventuale giudizio civile di responsabilità che la parte civile può instaurare nei confronti dell'imputato: "nell'eventuale giudizio civile di danno la parte civile non può risentire alcun pregiudizio dalla sentenza di proscioglimento intervenuta nella specie"⁴²⁰.

3.5.2. *L'approdo delle Sezioni Unite 2015*

Tenendo conto dell'analisi svolta, almeno auspicabilmente definitivo può considerarsi, sotto molti aspetti, quanto lucidamente affermato dalla Cassazione, a Sezioni Unite, nel 2015⁴²¹, quando ha escluso la legittimazione della parte civile ad impugnare, in ragione della ritenuta insoddisfazione del *quantum* risarcitorio, la sentenza che definisce il processo ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000⁴²². Nella pronuncia, infatti, è stato chiarito come non vi sia interesse della parte civile ad impugnare, vista l'impossibilità, di tale sentenza, di rivestire autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno,

⁴¹⁸ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 87.

⁴¹⁹ La sentenza delle Sezioni Unite del 2015 verrà analizzata nel prossimo paragrafo.

⁴²⁰ Cass., 26 gennaio 2011, n. 15619, in Ced Cassazione 2011; Cass., 15 gennaio 2015, n. 4610, in Ced Cassazione 2015. Cfr. anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 438.

⁴²¹ Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, cit., 3924 ss.

⁴²² G. SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 916.

rimarcando la profonda differenza che c'è tra la riparazione che fonda l'estinzione del reato ed il ristoro civilistico della persona danneggiata, che può sempre agire in altra sede per ottenere un'integrazione risarcitoria.

La sentenza in questione è assai importante poiché ha offerto l'occasione per riflettere con grande lucidità sulla natura dell'istituto disciplinato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000⁴²³.

Il percorso argomentativo della Corte prende le mosse da una breve analisi degli orientamenti contrapposti, che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale rilevante nel caso di specie. Il primo legittima la parte civile all'impugnazione della sentenza di estinzione del reato per riparazione, vista la presenza nella pronuncia di valutazioni che incidono sul merito della pretesa civilistica e che quindi possono pregiudicare gli interessi della parte privata. Il secondo esclude tale legittimazione, soprattutto in considerazione del fatto che le sentenze di proscioglimento *ex art. 35 d.lgs. 274/2000* non statuiscono sulla responsabilità dell'imputato, non rivestono autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e quindi non possono produrre effetti negativi per la parte civile⁴²⁴.

Nel solco di questo secondo orientamento si colloca anche la pronuncia delle Sezioni Unite, ma la Suprema Corte ha prima di tutto delineato i caratteri di questa particolare causa di estinzione del reato, che deve soggiacere alle disposizioni comuni dettate per tutte le cause estintive e che, quindi – condivisibilmente – dal punto di vista processuale, “può essere dichiarata immediatamente sia prima sia dopo l'esercizio dell'azione penale, in qualsiasi stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.”⁴²⁵.

⁴²³ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione della sentenza di estinzione del reato conseguente a riparazione*, in *Giur. it.*, 2015, 2732 ss.

⁴²⁴ Nel primo senso: Cass., 14 maggio 2008, n. 23527, in *Il giudice di pace*, 2008, 4, 354 ss.; con estensione addirittura dell'ammissibilità del gravame agli effetti penali in Cass., 23 settembre 2010, n. 40876, cit. In senso contrario, invece, cfr. Cass., 15 gennaio 2015, n. 4610 in *Ced Cassazione 2015* e Cass., 26 giugno 2014, n. 30535 in *Ced Cassazione 2015*.

⁴²⁵ Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, cit., 3929. Cfr., sul punto, G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile*, cit., 3937 s.

La Corte si è quindi interrogata sulla delicatissima questione della necessaria integralità del risarcimento dovuto e, più in generale, del contenuto della condotta riparatoria delineata dall'art. 35⁴²⁶, rilevando come tra le due ipotesi contemplate dalla norma (la riparazione e l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose) non vi sia alterità, quanto invece necessaria concorrenza⁴²⁷, ma soprattutto come sia stato escluso ogni automatismo degli effetti estintivi. Il giudice di pace è infatti chiamato a mettere in relazione le condotte riparatorie poste in essere dall'imputato con la gravità del fatto, per evitare che la rinuncia alla pena abbia ripercussioni negative sulla tenuta generalpreventiva del sistema, ed a cercare "contemporaneamente di ricomporre il conflitto attraverso la compensazione dell'offesa, in modo coerente con gli obiettivi di prevenzione generale e speciale che caratterizzano l'ordinamento penale"⁴²⁸. Il ristoro integrale del danno non è quindi sempre necessario ed, a maggior ragione, non lo è nell'ipotesi in cui l'autore del reato, in considerazione delle sue disagiate condizioni economiche, non è in grado di procedere ad un integrale risarcimento, ma si è seriamente attivato in tal senso. La parte civile, eventualmente insoddisfatta, potrà sempre agire in sede civile per la differenza.

Con questa lettura la Corte ha evitato il rischio di precludere ai soggetti meno abbienti di potersi avvalere della causa estintiva, superando ogni perplessità sollevata in ordine alla legittimità costituzionale della norma, senza dover ricorrere ad un'ulteriore precisazione normativa in merito⁴²⁹.

Allo stesso tempo, però, ed in termini ancora più significativi, la Corte, se ha evidenziato come la pronuncia in questione (che è comunque una pronuncia "in rito") sia particolare perché contiene una valuta-

⁴²⁶ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione*, cit., 2733.

⁴²⁷ La Corte ha comunque precisato che le esigenze devono essere entrambe soddisfatte ove "si siano verificate concrete conseguenze dannose o pericolose da eliminare ed essendovi danni da risarcire, dovendosi ammettere la sufficienza di una sola delle due nell'ipotesi in cui l'altra sia concretamente ed oggettivamente insussistente". Allo stesso tempo, però, la Corte, in tutta la sentenza, dà per scontata l'esistenza di una persona offesa "in carne ed ossa".

⁴²⁸ Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, cit., 3929.

⁴²⁹ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione*, cit., 2734; G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile*, cit., 3941 s.

zione in merito all'entità dei danni subiti dalla parte civile⁴³⁰, ha posto l'attenzione sulla necessaria idoneità della condotta riparatoria a soddisfare il danno criminale⁴³¹, più che quello civile, lasciando sempre aperte alla persona offesa le porte del giudizio civile per un risarcimento integrale del danno patrimoniale e non patrimoniale. La norma è tesa a perseguire la ricomposizione della c.d. "pace sociale", "con uno sguardo anche alla posizione della parte offesa, collocata tuttavia in una posizione di "lateralità" processuale"⁴³², in quanto priva di potere di veto⁴³³. Il giudice di pace, secondo la Suprema Corte, è chiamato ad una valutazione di congruità delle condotte riparatorie che si muove su due binari paralleli, non alternativi tra loro, volti al perseguimento di un unico obiettivo. Sia la soddisfazione delle esigenze compensative inerenti al profilo civilistico sia la soddisfazione di quelle retributive e preventive proprie del settore penale sono funzionali a ridimensionare il fatto reato "attraverso una rielaborazione del conflitto tra autore e vittima, e a favorire in tal modo la ricomposizione della lacerazione creata nel tessuto sociale"⁴³⁴. Non deve essere sottovalutato altresì l'effetto più ampio di deflazione dei processi penali che l'istituto può favorire e quindi, a maggior ragione, il positivo apprezzamento della idoneità complessiva della condotta riparatoria dell'imputato non può che prescindere dall'integrale risarcimento del danno, coerentemente devoluto, ove necessario, alla competenza del giudice civile.

Le conseguenze di tali considerazioni sul piano processuale – e quindi anche su quello dell'interesse ad impugnare della parte civile, da leggersi in termini di attualità e di concretezza – sono condivisibili e di

⁴³⁰ G. ARIOLLI, *È inammissibile l'impugnazione della parte civile*, cit., 3943, evidenzia la profonda differenza esistente tra la valutazione dei danni richiesta dalla pronuncia ex art. 35 d.lgs. 274/2000 e la liquidazione che segue l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato conseguente allo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale: "una decisione di merito sul fatto di reato, volta a definire la pretesa statale di affermazione del diritto violato e, al contempo, quella privata di riparazione ad esso strettamente collegata stante l'azione civile esercitata".

⁴³¹ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione*, cit., 2735.

⁴³² Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, cit., 3935.

⁴³³ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione*, cit., 2735.

⁴³⁴ Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, cit., 3935.

facile intuizione⁴³⁵, ma le considerazioni svolte dalla Corte sul significato “conciliativo” dell’istituto sono estremamente interessanti.

Può essere vero che la “lacerazione creatasi nel tessuto sociale”, efficace immagine con cui si rappresenta il microconflitto “da giudice di pace”⁴³⁶, rischia di non essere stata rimarginata con la semplice definizione del processo penale, ed il ruolo della vittima non è decisivo in questo contesto, ma la soluzione trovata rappresenta il tentativo di trovare un punto di equilibrio importante tra le diverse esigenze ed aspettative che confliggono nel caso in questione, facendone di fatto prevalere alcune, ma senza dimenticarsi delle altre⁴³⁷.

3.5.3. *Alcuni dati applicativi, in conclusione*

Da ultimo, non appare secondario uno sguardo sui dati di applicazione dell’art. 35, anche se molto limitati e frammentari, per cercare di capire la reale portata della novità che è stata introdotta⁴³⁸.

⁴³⁵ G. ARIOLLI, *È inammissibile l’impugnazione della parte civile*, cit., 3943.

⁴³⁶ P. GRILLO, *La parte civile dal giudice di pace: nessuna impugnazione contro il proscioglimento ‘riparativo’*, in *Diritto e giustizia*, 2015, n. 30, 11 s.

⁴³⁷ Come evidenzia G. ARIOLLI, *È inammissibile l’impugnazione della parte civile*, cit., 3947, pretese eccessive coltivate dalla persona offesa/danneggiata in sede civile potrebbero esporla alla condanna per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

⁴³⁸ Stante la difficoltà di reperire delle statistiche complete ed aggiornate, su scala nazionale, che interessino la competenza del giudice di pace, qualche considerazione sarà riservata anche all’esperienza della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, come utile punto di riferimento. Gli ultimi dati nazionali reperiti in una pubblicazione si riferiscono al 2004, mentre i successivi dati raccolti sono parziali, riferendosi unicamente al 2009 e, anche se provvisori, al 2010. I dati nazionali pubblicati sono stati resi noti dal prof. F. GIUNTA in seno al Convegno tenutosi a Trento il 18 ed il 19 novembre 2005 e forniti dalla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia (in F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 101 s.). Essi sono stati elaborati attraverso un confronto con il numero complessivo dei procedimenti definiti prima e dopo l’esercizio dell’azione penale, davanti al giudice di pace, pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia. I dati relativi al 2009, definitivi, e quelli relativi al 2010, provvisori, sono stati forniti dalla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, su particolare interessamento della dott.ssa Konstanze Jarvers del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. I dati regionali, invece, sono stati raccolti ed elaborati dalla Facoltà di Giurisprudenza sulla base delle comunicazioni

Il ricorso all'istituto è stato prudente, anche se non può dirsi trascurabile.

Su scala nazionale, rispetto al numero dei procedimenti definiti a seguito del rinvio a giudizio, le percentuali di casi di applicazione dell'art. 35 d.lgs. 274/000, nei primi tre anni di vigenza della riforma (1,81% nel 2002; 0,95% nel 2003 e 1,12 nel 2004), sono leggermente più basse rispetto a quelle più recenti (1,90% nel 2009 e 2,08% nel 2010), evidenziando una progressiva crescita nel ricorso all'istituto.

Nel territorio della Regione Trentino-Alto Adige, invece, probabilmente anche grazie al contributo apportato da una campagna formativa costante, promossa dalla Regione in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, che ha riguardato le problematiche poste da tale modalità di definizione alternativa del procedimento, si è assistito ad un'evoluzione più incoraggiante nel ricorso alla norma, testimoniata dai dati applicativi percentuali: 0,67% nel 2002, 0,29% nel 2003, 0,39% nel 2004, 0,85% nel 2005, 2,80% nel 2006, 3,98% nel 2007, 4,34% nel 2008, 4,21% nel 2009 e 4,56% nel 2010.

Come abbiamo sottolineato, l'istituto pone infatti questioni molto complesse sul piano teorico, valutazioni "assai ardue ed impegnative"⁴³⁹, ed è fondamentale che il magistrato, soprattutto se onorario, riesca a maturare una certa familiarità nel ricorrervi, che si può ottenere, come pare essere avvenuto nel contesto regionale sopra indicato, solo con il tempo e la preparazione.

Questi dati, però, per meglio essere compresi, debbono essere confrontati con quelli relativi all'applicazione dell'art. 34 – norma su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo – e, per quanto disponibili, con quelli concernenti la conciliazione/remissione di querela.

In fase processuale, a livello nazionale, si assiste alla definizione per particolare tenuità del fatto in una percentuale sempre bassa, che al massimo supera di poco l'1% dei casi: 1,08% nell'anno 2002; 0,95% nell'anno 2003; 0,44% nel 2004; 0,66% nel 2009 e 0,64% nel 2010.

che i giudici di pace fanno alla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, messe gentilmente a disposizione dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige.

⁴³⁹ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 111.

Non sensibilmente diversa è l'esperienza del Trentino-Alto Adige, dove si riscontra un andamento altalenante (ma con percentuali sempre molto basse) nell'applicazione dell'istituto nel corso del tempo: a fronte dello 0,27% del 2002, che diventa 0,51% nel 2003 e 0,35% nel 2004, si ritrova lo 0,37% nel 2005, 0,73% nel 2006, 1,30% nel 2007, ma soltanto 0,37 nel 2008, 0,92 nel 2009 e, di nuovo, 1,33% nel 2010.

Come avremo modo di evidenziare, il potere di veto qui riconosciuto alla vittima in fase dibattimentale svolge un ruolo decisivo⁴⁴⁰.

Per comprendere appieno i dati relativi alla riparazione, però, può essere utile almeno segnalare come siano veramente significative le, pur poche, informazioni acquisite in merito ai numeri della conciliazione dopo l'esercizio dell'azione penale (sia formalizzata davanti al giudice, che davanti alla polizia giudiziaria, con la remissione della querela).

I limitati, ma indicativi, riferimenti positivi reperiti su scala nazionale e riferentesi al 2009 ed al 2010 (55,94%, nel primo caso, e 49,13%, nel secondo) sono addirittura enfatizzati da quelli locali (da 2,72% del 2002, si è passati a 14,40% nel 2003, 23,46% nel 2004, 63,66% nel 2005, 66,18% nel 2006, 63,23% nel 2007, 62,94 nel 2008, 62,25 nel 2009 e, con una lieve diminuzione, 60,70% nel 2010) ed evidenziano un grande successo della conciliazione⁴⁴¹.

Sebbene questo ultimo epilogo (essendo comunque riferito ai reati perseguibili a querela) non costituisca un valore aggiunto rispetto alla funzione caratteristica della deroga alla procedibilità d'ufficio⁴⁴², i dati

⁴⁴⁰ Per ragioni di completezza, si riportano anche i pochi dati disponibili relativi all'applicazione dell'art. 34, in fase di indagini, che non sono comunque molto incoraggianti: il numero delle archiviazioni ex art. 34, rispetto al numero complessivo delle definizioni in fase di indagini su scala nazionale, è pari all'1,70% dei casi nel 2002, al 2,34% nel 2003 ed all'1,67% nel 2004. In Trentino-Alto Adige i dati sono ancora più scoraggianti, ad eccezione che per l'anno 2006: 0,75% nel 2002, 0,17% nel 2003, 0,98% nel 2004, 0,60% nel 2005, 1,65% nel 2006 e 0,60% nel 2007. Nel 2008 si assiste ad una nuova crescita (1,04%), più rilevante ancora nel 2010 (1,74%), dopo un calo nel 2009 (0,9%).

⁴⁴¹ È positivo anche il giudizio di E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 50.

⁴⁴² F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 101.

riportati sollecitano una riflessione supplementare, che tenga conto dell'art. 35.

Se, normalmente, la vittima querelante detiene nei confronti del reo un potere insuperabile, nel microsistema di pace il giudice, espressione dell'autorità pubblica, può intervenire in funzione di garanzia. Non è allora da escludere come anche la sola esistenza, "a chiusura" del modello conciliativo, di un istituto quale quello previsto dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 – applicato dai giudici di pace, dopo un inevitabile momento di assestamento, in modo consapevole e "prevedibile", così da incoraggiare un maggior ricorso ad esso – possa aver rappresentato uno stimolo importante nel favorire la remissione della querela stessa, a fronte di effettive condotte riparatorie poste in essere dall'indagato o dall'imputato⁴⁴³. La consapevolezza nel querelante, adeguatamente assistito da un legale, della sottrazione dell'entità della prestazione al "free bargaining delle parti"⁴⁴⁴ e della possibilità che il procedimento venga comunque definito anticipatamente, di fronte a strumentalizzazioni, pretese ingiustificate o forme di ricatto⁴⁴⁵, può averlo dissuaso dall'insistervi.

Questo modello appare estremamente interessante. Esso può rappresentare un primo tentativo di riequilibrare le forze private, nell'ambito di un auspicabile, più ampio ed ambizioso, obiettivo di educazione della vittima per la neutralizzazione di istanze di vendetta, a volte, meramente irrazionali⁴⁴⁶; un modello capace allo stesso tempo di produrre rapidamente effetti positivi sul sistema giudiziario.

⁴⁴³ La remissione della querela e l'art. 35 d.lgs. 274/2000, così, non vanno considerati quali istituti in concorrenza tra loro, come emerge da R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 188, ma, in qualche misura, coordinati.

⁴⁴⁴ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 995.

⁴⁴⁵ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 105 sottolinea come, nella prassi, la remissibilità della querela possa funzionare da strumento di ricatto.

⁴⁴⁶ Cfr., sul punto, le osservazioni di M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954.

4. Giustizia riparativa e particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): il ruolo della persona offesa

Riteniamo che l'analisi degli spazi riconosciuti ad istituti ispirati alla giustizia riparativa nell'ambito della giurisdizione di pace si debba concludere, per ragioni sistematiche, con qualche cenno ad uno strumento molto peculiare, delineato dall'art. 34: la particolare tenuità del fatto.

Sebbene, infatti, anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità, che il giudice di pace può irrogare, possa stimolare una proficua riflessione sulla problematica del rapporto tra la *restorative justice* e la pena, attraverso la valorizzazione della dimensione costruttiva e risocializzante dell'impegno in luogo di quella passiva della punizione tradizionale⁴⁴⁷, le considerazioni da svolgere ci porterebbero troppo distanti dallo studio che stiamo conducendo sugli strumenti della giustizia riparativa come mezzo per favorire una definizione alternativa dei conflitti penali tra le parti, senza giungere alla condanna ad una pena, anche quando, come è auspicabile, essa assume una fisionomia particolarmente innovativa.

A prescindere dagli studi in cui tenuità e comportamento riparatorio vengono posti in stretta connessione, secondo la lettura – che appare poco condivisibile, in quanto, in linea generale, la lesione penalmente rilevante rispetto al bene giuridico si cristallizza al momento del fatto – per cui un'attività di riparazione potrebbe contribuire a trasformare l'illecito compiuto in un fatto bagatellare⁴⁴⁸, riteniamo che l'art. 34 d.lgs. 274/2000 debba essere almeno rapidamente considerato in questo contesto in quanto, in una prospettiva molto particolare, esso riconosce alla vittima un ruolo significativo, potendo quest'ultima interdire o almeno ostacolare, per quanto riguarda la fase delle indagini, la dichiara-

⁴⁴⁷ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 187.

⁴⁴⁸ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 197. Come evidenziava C.E. PALIERO, "*Minima non curat praetor*", cit., 750, esula dal fatto bagatellare, a rigore, la spontanea restaurazione, in cui il postfatto entri come controvalore successivo atto a compensare, rendendolo esiguo, il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto precedente. Cfr. anche C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 121, 125.

zione di improcedibilità, pur in presenza di tutti gli altri presupposti di esiguità.

4.1. Particolare tenuità del fatto: i presupposti

L'istituto, che può considerarsi un'ulteriore espressione del principio di *extrema ratio* del diritto penale⁴⁴⁹, come evidenzia la stessa Relazione al d.lgs. 28 agosto 2000, si fonda sulla concezione del reato “come un'entità graduabile, proprio nella sua dimensione quantitativa, apprezzabile non solo sul terreno della commisurazione della sanzione, ma anche sotto il profilo dell'*an* della responsabilità”⁴⁵⁰.

L'art. 34 presuppone, infatti, l'esistenza di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, ma tuttavia segnato da una generale esiguità lesiva (evidenziata dalla tenuità del danno o del pericolo e dal grado della colpevolezza) e affiancato, come vedremo, da ulteriori requisiti (occasionalità, pregiudizio arrecato dal processo, mancato interesse/mancata opposizione della persona offesa)⁴⁵¹.

Come autorevolmente descritto, in questo contesto viene in rilievo un “reato bagatellare improprio”, che, a differenza del “reato bagatellare proprio”, privo di un significativo disvalore penale già in astratto e

⁴⁴⁹ R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 102.

⁴⁵⁰ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6. Sul punto cfr., altresì, compiutamente C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 695 ss., nonché F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, cit., 174.

⁴⁵¹ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 328; E. TURCO, *Gli indici rivelatori della “particolare tenuità del fatto” nel procedimento penale dinanzi al giudice di pace*, in *Foro it.*, 2016, V, 13; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 418. Come precisano C. PONGILUPPI, *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 236 e G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Leg. Pen.*, 2001, 194, nel diritto minorile si parla impropriamente di “irrelevanza”, mentre si dovrebbe parlare di “rilevanza minima” o di tenuità. R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 176 evidenzia come il fatto esiguo, a differenza di quello inoffensivo, sia comunque sempre illecito e come tale capace di produrre conseguenze sanzionatorie extrapenali.

come tale degradabile dal legislatore una volta per tutte ad illecito amministrativo, si caratterizza per essere un “sottotipo” di un reato che in astratto non è privo di rilievo, ma che nella sua dimensione concreta assume un disvalore penale esiguo, rilevabile sulla base di appositi indici di esiguità: si tratta della “manifestazione bagatellare di schemi di comportamento normalmente gravi”⁴⁵².

Si potrebbe affermare che con questa norma per la prima volta, nel diritto penale degli adulti, il principio di esiguità ha trovato un riconoscimento legislativo: il reato che, secondo determinati presupposti, presenta una gravità minima, che non giustifica l'intervento della sanzione penale, non deve essere punito⁴⁵³. Prima ancora, però, il reato caratterizzato da tale esiguità non deve aggravare il carico giudiziario, e quindi deve consentire una deviazione – o più propriamente interruzione – dalla normale sequenza degli atti del procedimento penale⁴⁵⁴. Nel si-

⁴⁵² C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 648. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 336 s.; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173 s.; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 124; E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., 177 ss.

⁴⁵³ Cfr. C. PONGILUPPI, *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, cit., 3.

⁴⁵⁴ Sulla natura giuridica della clausola sia consentito rinviare a E. MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, cit., 52 ss. Basti qui evidenziare che l'istituto è solo in apparenza processuale, “essendo in realtà valorizzato dal legislatore in una prospettiva sostanziale” (L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 144; F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 162). La valutazione della tenuità non può prescindere dalla verifica della sussistenza di un fatto – riconducibile ad una fattispecie criminosa, perfetta in tutti i suoi elementi – antigiuridico e colpevole; essa esige una valutazione di merito, ancorata a criteri. Le ordinarie condizioni di procedibilità, invece, prescindono del tutto da una verifica di fondatezza dell'addebito e comportano mere constatazioni. Quindi, secondo buona parte della dottrina, l'inquadramento di

stema del giudice di pace il risultato deflattivo si è ottenuto mediante l'elaborazione di una ipotesi di improcedibilità per tenuità, ma, in termini generali, come è stato autorevolmente sostenuto, e recentemente affermato a livello normativo nel sistema generale, nulla esclude che si possa prevedere il ricorso all'archiviazione in presenza di una causa di non punibilità per tenuità⁴⁵⁵.

questo istituto tra le cause di non punibilità sarebbe risultato più confacente alle sue caratteristiche, con l'effetto di escludere anche alcuni problemi (applicazione dell'art. 345 c.p.p.) posti dalla qualificazione del medesimo come ipotesi di improcedibilità (N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 221). Cfr. altresì G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 428 e C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 328, 334, anche in merito al rapporto con l'art. 27 d.P.R. 448/1988, istituto costruito come causa personale di esenzione dalla pena, ma con possibilità di applicazione nel corso delle indagini, attraverso un peculiare subprocedimento. Cfr. altresì E. TURCO, *L'irrelevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, in *Foro it.*, 2015, V, 209 s.; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 339; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 319; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta*, cit., 1137, che sembra tuttavia riferirsi, in un punto, non del tutto condivisibilmente, ad un'"autentica improcedibilità", quando poi (1143) afferma invece che, in ipotesi di improcedibilità, la cognizione si arresta ad uno stadio (dovere di procedere) del tutto prodromico, prima del momento a partire dal quale, solamente, il giudice può assumere che se anche vi fosse un colpevole il reato sarebbe, in ogni caso, estinto. R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 101, si sofferma sulla duplice funzione economica dell'istituto: quella processuale e quella della pena. D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità*, cit., 59, parla di una collocazione sistematica che riflette una spiccata tendenza ad attuare strategie di economia processuale. G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 195, afferma che sarebbe singolare e contrastante con i principi di economia processuale costruire "un modello di risposta ai fatti connotati da un accentuato livello di "esiguità", il quale non si accompagnasse a determinate forme di accelerazione del processo".

⁴⁵⁵ Cfr. la Relazione alla bozza (21 febbraio 2008) di delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale elaborata dalla Commissione Riccio – in seno alla quale si ipotizzava di introdurre un istituto che disciplinasse la particolare tenuità del fatto nel sistema generale (in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_13&contentId=NOL2148) – in cui si afferma: "In primo luogo, si doveva decidere se configurare la tenuità del fatto come causa di esclusione della *punibilità* (secondo il modello già normativamente sperimentato in ambito minorile) oppure come causa di esclusione della *procedibilità* (secondo il modello già normativamente speri-

mentato nell'ambito del procedimento di pace). In secondo luogo, si trattava di stabilire se consentire la declaratoria di tenuità del fatto anche in sede di archiviazione della notizia di reato o soltanto in ambito processuale (*id est*, con sentenza): in altre parole, se configurare o meno la modesta offensività della condotta come una causa di legittima desistenza dall'esercizio dell'azione penale. Si tratta, è bene precisarlo, di due variabili indipendenti: in quanto causa di improcedibilità, è scontato che la modesta offensività della condotta criminosa avrebbe potuto e dovuto essere annoverata tra i presupposti di legittima rinuncia alla *potestas agendi*; ma la scelta di configurare la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità non impedisce di prevedere che la tenuità venga ugualmente dichiarata con archiviazione" (è necessario precisare del resto, più in generale, che si volevano modificare, rispetto al c.p.p. vigente, i presupposti per la richiesta di archiviazione, prevedendo esclusivamente il "potere-dovere del giudice di disporre, su richiesta del pubblico ministero, l'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato o per insostenibilità dell'accusa in giudizio, anche per la particolare tenuità del fatto", al fine di comprendere chiaramente, senza ambiguità, non solo le "fattispecie di "infondatezza" in senso stretto della notizia di reato", ma anche "le ipotesi attualmente disciplinate dall'art. 411 c.p.p. (improcedibilità, estinzione del reato, non previsione del fatto come reato)", nonché, in generale "tutte le ipotesi di prevedibile esito abortivo dell'imputazione, quale che sia la formula di proscioglimento che si presume verrebbe adottata in sede processuale"); nonché sul punto molto chiaramente: F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496 ss. In questo senso, peraltro, sono stati orientati molti dei più recenti disegni di legge volti ad introdurre nel sistema generale l'istituto della particolare tenuità, come causa di non punibilità che tuttavia poteva consentire pacificamente anche l'archiviazione, con una riforma dell'art. 125 att. c.p.p., ed essere dichiarata immediatamente ex art. 129 c.p.p.: cfr. Disegni di legge XVI Legislatura S. 2961, "Norme in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale" (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/37474.htm); C. 1106, "Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, tenuità del fatto, recidiva e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie" (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/31419_testi.htm); C. 2094, "Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto" (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/33089.htm); S. 2374, "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di non punibilità per irrilevanza del fatto" (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/35908_testi.htm). Bartoli (R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1495 s.), in realtà, evidenzia come, a prescindere da una modifica del codice di procedura penale, secondo un'opinione che va sempre più consolidandosi in dottrina, il pubblico ministero possa richiedere l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato

Nemmeno questo istituto ha però costituito una novità assoluta nel panorama legislativo italiano, se si allarga l'orizzonte fino a comprendere il processo minorile, dove, all'art. 27 d.P.R. 448/1988, primo comma, si prevede che durante le indagini preliminari il pubblico ministero, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento e l'ulteriore corso del procedimento può recare pregiudizio alle esigenze educative del minorenne, abbia la facoltà di chiedere al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto. I commi successivi disciplinano i profili processuali, prevedendo per esempio che il giudice provveda sulla richiesta in camera di consiglio sentiti il minore, l'esercente la potestà dei genitori e la persona offesa, e che la sentenza possa essere pronunciata d'ufficio anche in udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato⁴⁵⁶.

È importante, però, non eccedere nella ricerca delle similitudini, perché, innanzitutto, davanti al giudice di pace non è in gioco l'educa-

in tutti i casi in cui, ove si fosse alla chiusura dell'udienza preliminare, il giudice pronunciarebbe sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. Cfr. altresì D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità*, cit., 69. L'opinione, però, non è affatto pacifica, come dimostrano le proposte di riforma citate nonché C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., 746. Cfr. criticamente G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, 239 ss. Ad ulteriore conferma dell'opinione contraria, basti citare la riforma introdotta nel codice penale e nel codice di procedura penale, in attuazione della delega contenuta nella l. 64/2014, con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, in materia di "non punibilità per particolare tenuità del fatto". Ci soffermeremo sulla riforma in conclusione del presente capitolo.

⁴⁵⁶ A tale riguardo è intervenuta la Corte costituzionale (Corte cost., 9 maggio 2003, n. 149, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6017>) dichiarando l'illegittimità della disciplina nella parte in cui prevede che la sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto possa essere pronunciata solo nell'udienza preliminare, nel giudizio immediato e nel giudizio direttissimo. Cfr. C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 326; ID., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., 737; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 175; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, cit., 298; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 317 ss.

zione di un minore⁴⁵⁷, ma hanno rilievo interessi confliggenti, facenti capo all'autore del reato, alla vittima e alla collettività⁴⁵⁸.

Nel sistema degli adulti, poi, il giudice di pace e, prima di lui, il pubblico ministero, per poter decidere che l'esercizio dell'azione penale o il proseguimento del procedimento non sono giustificati per ragioni di "esiguità", devono tener conto di molti più indici: ad una tecnica di tipizzazione della norma più sfumata, con presupposti più generici⁴⁵⁹, nel contesto minorile, se ne contrappone, nel sistema del giudice di pace, una "più attenta alle esigenze di tipizzazione delle fattispecie bagatellari"⁴⁶⁰.

Nella norma in esame non si è infatti ricorsi ad una formulazione sintetica, ma si è invece dipinto un panorama variegato di criteri interni ed esterni al fatto ed all'autore, che la dottrina e gli operatori del diritto si trovano ad interpretare⁴⁶¹.

Come la giurisprudenza ha affermato a chiare lettere, l'applicabilità dell'istituto non va apprezzata avendo riguardo solo all'esiguità del danno o del pericolo che è derivato dal reato, ma esige la concorrente sussistenza degli ulteriori indici normativi, costituiti dall'occasionalità

⁴⁵⁷ E. TURCO, *L'irrelevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, cit., 208 ss.

⁴⁵⁸ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 144.

⁴⁵⁹ Il "fatto" di cui all'art. 27, ad esempio, ingloba una svariata quantità di contenuti e la sua tenuità può cogliersi in elementi disparati: le conseguenze, i mezzi usati, il fine avuto di mira, la situazione concreta, il contributo dato al concorso di persone nel reato. In questo contesto possono anche essere recuperati gli elementi raccolti con gli accertamenti sulla personalità del minore, visto che manca una considerazione separata dell'elemento soggettivo del reato. Le critiche alla genericità della norma non sono affatto mancate: G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 340. Cfr. C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., 738; ID., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 234, 242.

⁴⁶⁰ N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 219.

⁴⁶¹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 176 si sofferma sull'alternativa tra formulazione analitica e sintetica della clausola, sottolineando come, con la seconda, ai fini dell'applicazione dell'istituto non sia necessario che tutte le componenti risultino esigue, essendo invece sufficiente che l'esiguità discenda da un giudizio di bilanciamento compiuto tra tutte le componenti del fatto, esigue o meno. Il rischio è tuttavia che l'indeterminatezza dia luogo a vere e proprie sperequazioni.

della condotta, dal basso grado di colpevolezza e dall'eventuale pregiudizio sociale per l'imputato, che sono collocati all'interno della norma l'uno accanto all'altro, senza distinzioni che consentano di reputarli alternativi⁴⁶².

Qualche autore, però, ha cercato condivisibilmente di offrire una diversa chiave di lettura della disposizione: i fattori che guidano il giudice nell'accertamento della particolare tenuità sarebbero elencati nel primo comma dell'art. 34 secondo una precisa scelta di priorità e, quindi, l'esiguità del danno o del pericolo rispetto all'interesse tutelato (disvalore di evento) rappresenterebbe il criterio principale da tenere in considerazione. I criteri successivi si presenterebbero come ad esso subordinati, imponendo una motivazione sempre più pregnante nell'ipotesi in cui si volessero far prevalere⁴⁶³.

Del resto, la stessa Relazione aveva evidenziato

che il criterio dell'esiguità del danno o del pericolo assumerà la funzione di *primo indice rivelatore*: solo dopo aver appurato l'esiguità di questo elemento sarà possibile procedere alla verifica delle altre componenti che serviranno, in buona sostanza, a confermare o negare l'indizio di esiguità rintracciato sul piano della dimensione oggettiva del reato⁴⁶⁴.

Il giudice di pace deve innanzitutto valutare l'entità del danno o del pericolo che ne è derivato: egli è chiamato a considerare il "danno cri-

⁴⁶² Cass., 10 luglio 2008, n. 38004, in *Guida dir.*, 2008, n. 45, 82. Sostanzialmente conformi: Cass., 28 aprile 2006, n. 24249, in *Riv. pen.*, 2007, 451; Cass., 15 febbraio 2005, n. 15374, in *Cass. pen.*, 2006, 2914; Cass., 9 luglio 2004, n. 40203, in *Cass. pen.*, 2006, 610; Cass., 4 luglio 2003, n. 36990, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2004, 516. In dottrina, nello stesso senso V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 61 s.; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 424; D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 121; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocedurali*, cit., 114; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 45.

⁴⁶³ F. SGUIBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 164. Cfr. altresì la proposta interpretativa di R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 177, che cerca di distinguere tra i casi di esiguità dell'offesa che si attesta al minimo, con riassorbimento degli ulteriori requisiti, e gli altri, in cui tutti i presupposti devono sussistere.

⁴⁶⁴ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.

minale” e, quindi, lasciata da parte ogni prospettiva civilistica, il danno o il pericolo per il bene protetto⁴⁶⁵. L’indicazione di metodo è chiara: si deve trattare di un “giudizio di relazione tra il bene giuridico protetto e la concreta aggressione ad esso perpetrata”⁴⁶⁶.

Deve poi essere analizzato il grado della colpevolezza nel quadro di una concezione non strettamente psicologica, ma normativa della stessa, e quindi nel quadro di un “giudizio di rimproverabilità mosso dall’ordinamento contro l’autore per aver manifestato ostilità o indifferenza rispetto ai valori tutelati”⁴⁶⁷. Si devono valorizzare, oltre ad un impli-

⁴⁶⁵ F. SGUBBI, *L’irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 164. La Cassazione, a tale riguardo, ha innanzitutto affermato a chiare lettere che la valutazione del giudice non può mai *limitarsi alla fattispecie astratta di reato, ma deve riguardare quella concreta*: Cass., 14 luglio 2006, n. 24387, in *Riv. Pen.*, 2007, 566; Cass., 29 settembre 2006, n. 32292, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 185. Con riferimento, poi, ai dubbi sorti in merito all’applicabilità dell’istituto ad un reato di pericolo astratto come la guida in stato di ebbrezza, la Cassazione ha concluso per la soluzione affermativa, sostenendo che non esistono reati in cui non sussista un *vulnus* anche minimo al bene giuridico (almeno inteso come bene finale) ed in cui non sia possibile operare quindi una graduazione della lesione o del pericolo, proprio perché ciò contrasterebbe con il principio di offensività. Cfr. Cass., 28 settembre 2007, n. 43383, in *Ced Cassazione* 2008; Cass., 31 gennaio 2008, n. 12350, in *Cass. pen.*, 2008, 4313; Cass., 28 aprile 2006, n. 24387, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2007, 3, 260, nonché G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 419. Interessante è altresì ricordare, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Foro it.*, 2010, I, 2928) che ha riconosciuto applicabile l’istituto anche alla contravvenzione di “ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato” di cui all’art. 10-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per disattendere le censure sollevate in merito alla mancanza, nel reato, della formula “senza giustificato motivo”. Secondo le indicazioni di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 747, in ipotesi di reati di pericolo astratto, disvalore di azione e disvalore di evento si compenetrano e l’esiguità deriverebbe dalla minima pericolosità della condotta rispetto al bene giuridico che incarna lo scopo di tutela della norma. Sulla complessità dell’operazione cui è chiamato il giudice di pace cfr. anche E. TURCO, *Gli indici rivelatori della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 14.

⁴⁶⁶ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 330; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 114; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 309; C. PONGILUPPI, *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, cit., 240.

⁴⁶⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 178.

cito richiamo all'art. 133 c. 1 n. 3 c.p. (intensità del dolo e grado della colpa)⁴⁶⁸, molteplici parametri connessi alle circostanze concomitanti all'agire, all'imputabilità, ai processi motivazionali, all'*ignorantia legis* o alle scusanti⁴⁶⁹.

Il panorama dei presupposti impone, sostanzialmente, di “soppesare accuratamente tanto il profilo materiale della condotta, quanto la sua componente psicologica”, anche perché l'entità dell'illecito “deve essere collocata oltre la soglia dell'inoffensività”⁴⁷⁰.

Come evidenzia la dottrina, inoltre, il fatto bagatellare commesso da un autore non bagatellare deve sfuggire alla diagnosi di esiguità, proprio per non frustrare la prevenzione speciale nel quadro degli scopi della pena⁴⁷¹. Il requisito dell'occasionalità, allora, ben si spiega in questa prospettiva, ma in relazione ad esso – che pone varie questioni ermeneutiche di non univoca soluzione – pare qui sufficiente evidenziare come si sia formata nel processo minorile un'ampia elaborazione giurisprudenziale, che costituisce un utile punto di riferimento, facendo propendere per un'interpretazione in chiave “psicologica” del presupposto⁴⁷², o, almeno, per l'esclusione della coincidenza tra il concetto di “occasionalità” e quello di “unicità”⁴⁷³.

⁴⁶⁸ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 332; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 315.

⁴⁶⁹ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 348; E. TURCO, *Gli indici rivelatori della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 15 s.

⁴⁷⁰ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 328.

⁴⁷¹ C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”, cit., 753.

⁴⁷² F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 165. Come è stato correttamente evidenziato, ai fini dell'esclusione dell'occasionalità, non è sufficiente prendere atto dell'esistenza di precedenti, soprattutto se riferiti a reati di altra indole e molto risalenti nel tempo. Se il legislatore avesse voluto limitare l'applicazione dell'istituto ai non recidivi, avrebbe fatto riferimento alle categorie corrispondenti: C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 252. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 348 ss.; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 313; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 420.

⁴⁷³ E. TURCO, *Gli indici rivelatori della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 16.

È stato, invece, evidenziato da più parti il vincolo tanto cogente quanto poco plausibile della legge delega (art. 17 lett. f) alle considerazioni inerenti al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'imputato⁴⁷⁴. Se, dal punto di vista teorico, è interessante evidenziare come ci si sia resi conto dell'offensività del processo⁴⁷⁵, è comunque difficile pensare che il presupposto – da valutarsi “altresi”⁴⁷⁶ – possa svolgere una funzione selettiva importante, di fronte a condotte prossime all'irrisorietà e ad autori diagnosticati come “bagatellari”⁴⁷⁷.

La valorizzazione del pregiudizio arrecato alla vita di relazione, nel quadro dei presupposti dell'art. 34, del resto, potrebbe portare ad una selezione basata pressoché esclusivamente sul “tipo di autore”⁴⁷⁸, con una discriminazione dei soggetti in ragione del loro *status*, perché in qualche modo “marginali”, estranei ai circuiti relazionali classici, privi di un nucleo familiare stabile, di un lavoro, di un impegno di studio e come tali incapaci di vantare l'attualità delle esigenze considerate⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVI.

⁴⁷⁵ Il profilo non è del tutto inedito. Anche nel quadro del processo minorile il giudice addiviene alla relativa declaratoria allorché valuti che l'ulteriore corso del procedimento sia idoneo a pregiudicare le esigenze educative del minore: G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 352 ss. Cfr. altresì R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 174.

⁴⁷⁶ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 329.

⁴⁷⁷ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 166; E. TURCO, *Gli indici rivelatori della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 19; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 423; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 115; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 356; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1052.

⁴⁷⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723.

⁴⁷⁹ Cfr. M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 195; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173, 179; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 125; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 333; G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 150.

4.2. Interessi e volontà della persona offesa

Il profilo che tuttavia più ci interessa approfondire, nell'economia del presente studio, attiene inevitabilmente al fondamentale ruolo giocato in questo contesto dalla vittima, che ha lo scopo di inserire con coerenza l'art. 34 in un modello di giurisdizione che valorizza la conciliazione e la composizione del conflitto tra privati sotteso al reato⁴⁸⁰.

A differenza di quanto accade nel processo minorile – incentrato sull'interesse del minore sottoposto a procedimento, per la parallela ipotesi delineata dall'art. 27 d.P.R. 448/1988⁴⁸¹ – nel sistema di pace, in sede giudiziale, l'offeso può opporsi all'applicazione della clausola, mentre in fase di indagini può essere portatore di un interesse alla prosecuzione del procedimento, che il giudice deve delibare puntualmente e che può ostacolare l'operatività dell'istituto⁴⁸².

La prospettiva vittimologica ha così intensamente colpito gli interpreti, da far sorgere addirittura il dubbio sulla compatibilità dell'istituto con i reati in cui non sia presente una persona offesa⁴⁸³.

Di ciò si ha chiara percezione analizzando la giurisprudenza.

La Cassazione ha tuttavia affermato che l'art. 34 non è circoscritto alle ipotesi di reato in cui vi sia la parte offesa, dato che con tale norma il legislatore ha semplicemente previsto la necessità, in giudizio, della non opposizione dell'imputato e della parte offesa, solo se presenti. Di conseguenza è legittima la declaratoria di improcedibilità per particola-

⁴⁸⁰ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173; A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1008; G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 197 s.; C. PONGILUPPI, *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 77; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 320; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 357.

⁴⁸¹ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 198.

⁴⁸² G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 473.

⁴⁸³ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 59.

re tenuità del fatto pronunciata nelle ipotesi di reato nelle quali manchi la parte offesa⁴⁸⁴.

In fase di indagini, il pubblico ministero formula la richiesta di archiviazione ex art. 34 d.lgs. 274/2000 ed il giudice di pace, se ritiene di condividere le argomentazioni dell'accusa, dispone con decreto l'archiviazione: "ciò purché non ravvisi l'esistenza di un interesse prevalente della persona offesa alla prosecuzione del procedimento"⁴⁸⁵.

Secondo l'opinione maggioritaria, una manifestazione di interesse contrario, espressa dalla persona offesa nella querela, in una memoria, nell'opposizione o nel corso delle sommarie informazioni eventualmente assunte in corso di indagine, non è di ostacolo alla pronuncia del decreto di archiviazione perché le sue ragioni non possono dirsi sempre pregiudicate, ben potendo essa agire in sede civile per tutelare i propri interessi⁴⁸⁶.

In ipotesi di enunciazione dell'interesse, il giudice può discrezionalmente sindacarne la portata e lo spessore⁴⁸⁷ e deve distinguere tra ipotesi di espressione di una generica volontà di ottenere la punizione del colpevole ed ipotesi circostanziate, in cui unicamente il processo penale consente di accertare determinati fatti o comunque di accertarli tempestivamente oppure in cui il processo o la pena, nel caso concreto, possano realmente assumere un significato particolare anche per la persona offesa, che richiede di essere tutelata. Solo le ipotesi circostanziate, confermate dagli atti, consentirebbero di inibire l'operatività dell'istituto diversivo⁴⁸⁸. Allo stesso tempo, il giudice, per superare la con-

⁴⁸⁴ Cass., 2 luglio 2003, n. 36980, in *Cass. pen.*, 2004, 4165. Cfr., altresì, la giurisprudenza citata in merito alla compatibilità dell'istituto con la guida in stato di ebbrezza e Giudice Pace di Riva del Garda, 7 gennaio 2008, n. 2, in <http://www.giurisprudenzadipace.taa.it>. Cfr. anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 426.

⁴⁸⁵ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 267; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 343.

⁴⁸⁶ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 268.

⁴⁸⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 180.

⁴⁸⁸ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 321; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 364; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 126; C. PONGILUPPI, *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, cit., 77 s.

traria volontà della vittima, può considerare se sono state poste in essere condotte riparatorie da parte del reo, successivamente al reato⁴⁸⁹.

Diversa è, tuttavia, l'opinione di chi preclude al giudice di disattendere le ragioni dell'offeso, valorizzando al massimo la sua volontà, sulla scorta dei lavori preparatori e del tenore letterale della previsione, che sembra implicare una mera ricognizione e non indica i criteri per operare un giudizio⁴⁹⁰.

In fase dibattimentale, invece, se non vi è propriamente un obbligo di interpello della persona offesa⁴⁹¹, non vi è dubbio che le sia riconosciuto un vero e proprio potere interdittivo⁴⁹², e ciò anche a prescindere dal fatto che essa possa essere ispirata solo da esigenze di opportunità risarcitoria⁴⁹³.

Ci si può chiedere, a questo punto, quali debbano essere le modalità di manifestazione del dissenso.

⁴⁸⁹ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 125, ritiene che l'offesa alla vittima (componente dell'offesa in senso complesso) possa essere considerata nella sua evoluzione successiva al reato e possa conoscere uno sviluppo migliorativo grazie alle condotte *post factum* di tipo riparatorio.

⁴⁹⁰ Per C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 344, se l'interesse al procedimento è asserito dalla persona offesa, non può essere oggetto di sindacato. Nello stesso senso G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 425; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 212; F. BALDI, *La particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 101, che afferma a chiare lettere: "il giudice delle indagini preliminari non può operare alcun sindacato sull'intensità o sul tipo di interesse della persona offesa, dovendosi limitare a registrarne l'oggettiva risultanza". La giurisprudenza, in ogni caso, ha ritenuto abnorme il provvedimento del giudice di pace che, in sede di richiesta di archiviazione, aveva rimesso gli atti al P.M. affinché acquisisse il consenso della persona offesa: Cass., 24 marzo 2005, in Ced Cassazione 2005. *Contra*, tuttavia, Cass., 3 dicembre 2004, n. 1588, in *Riv. pen.*, 2005, 289.

⁴⁹¹ F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario*, cit., 3505.

⁴⁹² L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 144; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 63; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 350.

⁴⁹³ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 430; F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 166.

La lettera della legge non sembrerebbe lasciare dubbi sulla necessità di un'esplicita formulazione di opposizione della persona offesa, per precludere l'applicazione dell'istituto.

Anche la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 63/2007, ha riconosciuto che in base alla *littera legis* una manifestazione di volontà è necessaria non certo al fine di permettere la dichiarazione della particolare tenuità, quanto piuttosto al fine di impedirla e che qualora quest'ultima manifestazione manchi (non opposizione), la dichiarazione debba ritenersi ammissibile⁴⁹⁴.

Per quanto riguarda il dibattito, quindi, secondo la giurisprudenza dominante, se la persona offesa non compare e non enuncia il suo dissenso in altro modo, ad esempio mediante una memoria apposta, si può ritenere che l'opposizione manchi⁴⁹⁵. Come ha precisato la Cassazione, la decisione di non comparire all'udienza va ritenuta come inequivoca espressione di una precisa strategia processuale e cioè della volontà di rinunciare anche alla possibilità di opporsi all'applicazione dell'istituto⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Corte cost., 2 marzo 2007, n. 63, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 437. Il giudice *a quo* aveva evocato una molteplicità di parametri di scrutinio, dubitando della legittimità costituzionale della norma nella parte in cui subordina al consenso dell'imputato e della parte offesa la pronuncia, all'esito del dibattito, della sentenza di esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, per contrasto con gli artt. 3, 24, 27, 76, 101 e 111 Cost.

⁴⁹⁵ Cfr. N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità "per particolare tenuità del fatto"*, cit., 144.

⁴⁹⁶ Cass., 5 dicembre 2008, n. 9700, *Diritto & Giustizia*, 2009. In sentenze più datate si era tuttavia affermato che la non opposizione si potesse verificare, oltre che a mezzo di interpello o di dichiarazione spontanea dell'imputato, attraverso fatti sintomatici, tra i quali tuttavia non si poteva annoverare "la mancata comparizione della persona offesa in udienza, la quale rappresenta semplicemente la scelta di non coltivare l'azione civile nel processo penale [...], ma non la volontà di non opporsi all'immediata statuzione di proscioglimento" (Cass., 3 marzo 2004, n. 16689, in *Riv. pen.*, 2005, 1396). Così anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 432; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 352. La questione è stata definitivamente risolta con la pronuncia delle Sezioni Unite, favorevole all'orientamento espresso dalla giurisprudenza dominante: la mancata comparizione della persona offesa, regolarmente citata e contumace, non preclude la dichiarazione d'irrelevanza del procedimento dinanzi al giudice

Al di là di queste, non secondarie, problematiche interpretative, si deve ribadire, in conclusione, come, nella valutazione dei presupposti dell'art. 34, uno spazio non trascurabile sia riservato alla tutela degli interessi e delle determinazioni contrarie della vittima, la sussistenza dei quali può “inibire l'operatività del meccanismo di *diversion* pur se gli indici *principali* di esiguità risultino, comunque, integrati”⁴⁹⁷.

L'istituto in questione, che potrebbe rispondere efficacemente ad esigenze di deflazione processuale, sulla scorta di presupposti definiti dal legislatore con grande puntualità nella prospettiva, già tratteggiata, di una “lettura “realistica” del dettato costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale”⁴⁹⁸, incontra nel sistema del giudice di pace un ostacolo insuperabile, soprattutto in fase dibattimentale.

Sostanzialmente comprendendo e condividendo, per il resto, l'impianto di questa disciplina, quello che ci si può chiedere in questa sede è fino a che punto tale insuperabile ostacolo abbia un senso, davanti ad un fatto che presenta caratteri di tenuità, a maggior ragione se si considera che, per la fase processuale, non avendo avuto buon esito il tentativo di conciliazione, “non esiste più un interesse della persona offesa alla composizione del conflitto, al quale dare rilevanza”⁴⁹⁹. Il rischio è quello di attribuire uno spazio ingiustificatamente ampio ai “desideri di vendetta della vittima”, aprendo la strada “ad una china soggettivistica contrastante con la dimensione costituzionale del diritto penale”⁵⁰⁰.

di pace, occorrendo a tal fine una dichiarazione espressa (Cass., SS.UU., 16 luglio 2015, in <http://www.penalecontemporaneo.it>).

⁴⁹⁷ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*, cit., 357. Cfr. N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità “per particolare tenuità del fatto”*, cit., 144.

⁴⁹⁸ N. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., 217 ss.; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 108.

⁴⁹⁹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 180.

⁵⁰⁰ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 122 s., che rappresenta la possibilità di una “deriva altrettanto pericolosa di quella che paventano gli oppositori del diritto penale soggettivo, fondato sulla persona del reo anziché sul fatto commesso”. Tali considerazioni sono condivise anche da F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario*, cit., 3505.

Lo stesso art. 35, che forse più del 34 valorizza la ricomposizione del conflitto attraverso condotte riparatorie, attribuisce alla persona offesa, che viene sentita dal giudice, un mero potere di interlocuzione.

Rivolgendo lo sguardo ai principi costituzionali, ed in particolare al principio per cui il giudice deve essere soggetto solo alla legge (art. 101 c. 2 Cost.), nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, la Commissione Giustizia del Senato aveva evidenziato l'opportunità di svincolare il giudice dal rigido ancoraggio alla volontà della persona offesa proponendo una formulazione della norma più flessibile, con la previsione che la particolare tenuità del fatto potesse essere dichiarata "sempre che la persona offesa non si opponga, e in tal caso il suo interesse non sia stato o non possa essere altrimenti tutelato"⁵⁰¹. Sul punto, del resto, la legge delega non aveva dato indicazioni⁵⁰².

Il Governo non ha però accolto la proposta, per il timore che così venisse vanificato il rilievo assegnato alla volontà della vittima, essendo l'interesse della persona offesa quasi sempre tutelabile in altro modo, ad esempio ricorrendo alla giustizia civile.

La conclusione, che sottrae all'organo giudicante ogni pur minimo controllo in termini di ragionevolezza, non sembra tuttavia accettabile, soprattutto se si considera che il Governo sottolineava nella Relazione come il potere della vittima di interdire l'arresto del procedimento sia fortemente temperato dall'esistenza di una causa estintiva del reato (l'art. 35) derivante dalla tenuta di condotte riparatorie o risarcitorie che il giudice può reputare congrue a soddisfare l'interesse della persona offesa, a prescindere dalla sua volontà punitiva⁵⁰³.

La lettura del rapporto tra gli artt. 34 e 35 in termini di "surrogazione" non appare corretta. Di certo entrambi gli istituti si collocano coerentemente nel sistema del giudice di pace, ma i presupposti applicativi sono diversi e si può ben pensare ad un fatto esiguo, rispetto al quale non vengono poste in essere condotte riparatorie e risarcitorie, ma per-

⁵⁰¹ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., 360.

⁵⁰² D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 125, secondo il quale, il potere di veto della persona offesa è un'invenzione del legislatore delegato.

⁵⁰³ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.

manga un'ingiustificata opposizione della persona offesa, mentre l'art. 35 appare destinato a casi in cui sussistano conseguenze del reato di spessore più tangibile⁵⁰⁴.

Non risponde al principio di ragionevolezza, infine, che il legislatore abbia distinto, quanto al presupposto dell'interesse/opposizione della persona offesa, tra la fase procedimentale e quella processuale, attribuendo un potere più ampio ed insuperabile⁵⁰⁵ all'offeso proprio dopo l'esercizio dell'azione penale, in sede di decisione sulla rinuncia alla pena: di fronte all'opposizione manifestata dalla persona offesa, si assiste all'irragionevole impossibilità di dichiarare il fatto irrilevante a causa del mero stato di avanzamento del processo. Allo stesso tempo, si differenzia irragionevolmente tra i reati che si caratterizzano per la presenza di una persona offesa, la cui volontà può impedire la pronuncia, e gli altri⁵⁰⁶.

Per ragioni di completezza, si deve tuttavia evidenziare come, quanto al possibile contrasto della norma con il principio che vuole i giudici soggetti soltanto alla legge, affermato dall'art. 101 comma 2 della Costituzione⁵⁰⁷, la Cassazione non abbia ravvisato profili di illegittimità costituzionale nell'art. 34 comma 3 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, proprio ove consente che la particolare tenuità del fatto possa essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono. La Corte ha ritenuto, infatti

che il dissenso della persona offesa è funzionale a garantire il bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel nuovo istituto previsto dal citato

⁵⁰⁴ G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 199; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 430.

⁵⁰⁵ Per un'interpretazione adeguatrice, volta ad affermare la necessità di un'opposizione fondata su di un effettivo interesse al procedimento, senza alcun potere di veto, cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 126.

⁵⁰⁶ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 125. Cfr. anche A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 404.

⁵⁰⁷ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 282.

art. 34, il primo rivolto alla deflazione processuale e l'altro diretto ad evitare il rischio di un'impunità diffusa per i reati della criminalità minore⁵⁰⁸.

Questa visione, però, sottovaluta del tutto quanto già gli indici di bagattellarità siano numerosi ed impongano un esame attento dei presupposti dell'istituto, prescindendo da una mera considerazione astratta del titolo di reato, e tradisce una scarsa fiducia nella capacità, o nella disponibilità, dei giudici di farsi guidare dai criteri analizzati nell'operare il giudizio di esiguità.

5. La giustizia riparativa in alcuni sviluppi del diritto penale degli adulti

Sebbene rappresenti il contesto più rilevante in cui alcuni strumenti della *restorative justice* hanno trovato in Italia un riconoscimento coerente, il sistema del giudice di pace non esaurisce il campo delle nostre riflessioni.

È vero che, ancora una volta, si è assistito soltanto alla creazione di spazi normativi “limitati ed angusti, per iniziare a pensare e lavorare in ottica riparativa”⁵⁰⁹, in luogo di una più auspicabile normativa generale *ad hoc* per la giustizia riparativa, ma comunque meritano di essere considerate alcune riforme contenute in tutto – perché oggetto di normazione diretta – o in parte – nella forma della delega, poi parzialmente attuata – nella legge 28 aprile 2014 n. 67⁵¹⁰ e che hanno investito il diritto penale degli adulti, ed in particolare gli istituti, come la messa alla prova, che, pur nell'ambito di una più generale tendenza verso soluzioni deflative di non punibilità dell'autore di reato, riconoscono alla per-

⁵⁰⁸ Cass., 25 giugno 2003, n. 2674, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 312. Come la Cassazione ha evidenziato, peraltro, il ricorrente aveva ommesso di precisare il parametro costituzionale rispetto al quale la norma sarebbe stata illegittima, qui ricostruito alla luce delle considerazioni svolte nel complesso. Cfr. G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 433.

⁵⁰⁹ *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 20.

⁵¹⁰ Cfr. sul punto F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.

sona offesa un ruolo significativo e che, con tratti inediti, anche se lungo i binari già tracciati da esperienze precedenti, potrebbero consentire di valorizzare processi ed esiti riparativi.

Nel senso opposto di una parziale marginalizzazione della vittima sembrano invece orientarsi altre recenti soluzioni deflattive di depenalizzazione processuale o sostanziale⁵¹¹, che, proprio per tale ragione, rischiano tuttavia unicamente di spostare il luogo in cui la guerra tra le parti dovrà essere combattuta, disinteressandosi di affrontare il conflitto alla radice.

Contrariamente a quanto potrebbe superficialmente sembrare, il tema della *restorative justice* non perde interesse nemmeno qui, almeno in prospettiva di riforma. Come anche l'analisi comparata ci ha permesso di comprendere, infatti, i processi riparativi, invece di essere dimenticati, dovrebbero essere attivamente promossi e valorizzati nei terreni lasciati scoperti dalla giustizia penale tradizionale, qualora sia individuabile una persona offesa trascurata e quindi un'esigenza di pacificazione sociale, che altrimenti finisce per essere frustrata.

Alcune considerazioni saranno infine dedicate ai risultati del lavoro svolto dal Tavolo 13, che si è occupato di "Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato" in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale⁵¹².

5.1. Le componenti riparative della messa alla prova

5.1.1. L'istituto della messa alla prova: dal sistema minorile a quello degli adulti

Come la dottrina ha riconosciuto, riferendosi al sistema minorile, "esiste un'indubbia relazione tra l'istituto della messa alla prova e la mediazione penale quale veicolo di applicazione della giustizia riparativa"⁵¹³.

⁵¹¹ La riflessione sull'istituto delle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. sarà condotta nell'ultimo capitolo. Qui ci si limiterà a riflettere sulle riforme che hanno avuto origine dalla legge n. 67/2014.

⁵¹² Sugli Stati Generali dell'Esecuzione Penale cfr. *supra* il capitolo 2, par. 1.1.

⁵¹³ M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Padova, Cedam, 2010, 10.

Si è già evidenziato infatti come l'istituto della sospensione del processo e messa alla prova, disciplinato dagli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88, sia stato introdotto innanzitutto all'interno del sistema processuale minorile come risposta alternativa a quella punitiva tradizionale, finalizzata a salvaguardare le esigenze educative del minore, nonché a favorire la sua responsabilizzazione ed il suo reinserimento sociale nel periodo della prova realizzata durante la sospensione⁵¹⁴.

Esso ha rappresentato "l'innovazione più significativa introdotta dalla riforma del processo penale minorile del 1988"⁵¹⁵.

La logica entro la quale questa misura, insieme alla maggior parte delle altre misure sospensive, si colloca è quello della *probation* di origine anglosassone⁵¹⁶ e si ravvisa un'immediata assonanza, per esempio, con il *sursis avec mise à l'épreuve* dell'ordinamento francese⁵¹⁷, con l'assoluta peculiarità che l'istituto italiano si inserisce tuttavia in una

⁵¹⁴ Cfr. B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano?*, cit., 13, anche per approfondimenti in merito alla necessità del consenso del reo.

⁵¹⁵ N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., 18.

⁵¹⁶ Per un quadro approfondito sulle origini della *probation*, che si perderebbero nella notte dei tempi, per poi essere più chiaramente riconosciute a partire dalla metà del 1800 ed influenzare profondamente gli ordinamenti continentali, cfr. Y. PERRIER, *La probation de 1885 à 2005. Sanctions et mesures dans la communauté*, Paris, Dalloz, 2013, 1 ss. Per una comparazione tra il modello anglosassone e quello diffusosi nei diversi Paesi Europei cfr. M.L. GALATI, *La probation nei modelli processuali anglosassoni ed europei*, in M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, Giuffrè, 2015, 129 ss. Cfr. anche A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 377 ss., per un approfondimento sulle diverse misure sospensive.

⁵¹⁷ L'istituto fu introdotto in Francia nel 1958, per i maggiorenni, per affiancare ad una già nota forma di sospensione condizionale della pena, senza prescrizioni (*sursis simple*: artt. 132-29 ss. c.p.), un trattamento più strutturato, basato su diverse misure di assistenza e vigilanza (oltre che sullo svolgimento di condotte riparatorie) (artt. 739 ss. c.p.p.; artt. 132-40 ss. c.p.). Solo nel 1983 fu introdotta una terza forma di *sursis*, associata alla prescrizione di svolgere lavori di pubblica utilità (artt. 747-1 ss. c.p.p.; artt. 132-54 ss. c.p.). Cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 614 ss.

fase anticipata del procedimento, rispetto alla condanna⁵¹⁸, e non la presuppone⁵¹⁹. Allo scopo di consentire al giudice la valutazione della “personalità del minorenne” (art. 28 d.P.R. 448/1988) esso comporta la sospensione del processo e si è, per tale ragione, parlato di “*probation processuale*”⁵²⁰.

La mediazione penale non viene espressamente evocata nel processo penale minorile ma è stata valorizzata con una declinazione particolare⁵²¹. Assume qui le vesti di una speciale modalità di trattamento, orientata in prospettiva special-preventiva, in quanto il giudice può introdurre delle prescrizioni riparative e conciliative nell’ambito del progetto di intervento elaborato dai servizi sociali minorili: il giudice può impartire prescrizioni “dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato”⁵²². Anche attraverso questo strumento, l’imputato può dimostrare un cambiamento

⁵¹⁸ M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit., 19 s.; G. DARAIO, *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato*, cit., 364.

⁵¹⁹ Come avviene in Italia, per esempio, con il diverso istituto dell’affidamento in prova ai servizi sociali, che pur contempla il coinvolgimento della persona offesa, visto che il c. 7 dell’art. 47 l. 354/1975 prevede: “Nel verbale deve anche stabilirsi che l’affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare”. Cfr. sul punto, tra gli altri, E. BENEDETTI, G.V. PISAPIA, *Comma 7. La prescrizione a favore della vittima di reato nell’affidamento in prova al servizio sociale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, cit., 181 ss. A tale riguardo, peraltro, è stato precisato che “il carattere impositivo delle prestazioni riparatorie impedisce infatti la ricostruzione di quella relazione umana tra autore e vittima, infranta dal reato, che rappresenta per l’appunto il fine ultimo della giustizia riparativo-conciliativa”: M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 302.

⁵²⁰ M.L. GALATI, *La probation nei modelli processuali anglosassoni ed europei*, cit., 134; C. LONGARI, *Le cause di estinzione del reato*, cit., 175; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, VI ed., Torino, Utet, 2015, 626; N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 21.

⁵²¹ N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 38; M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4195 s.

⁵²² Cfr. M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell’ordinamento italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 160.

personale tale da rassicurare gli organi giudiziari sull'abbandono di schemi sociali devianti⁵²³.

Se il percorso di mediazione è solo eventuale durante la prova, a causa della connotazione consensuale del paradigma riparativo (almeno dal lato della vittima, in questo contesto), è vero però che esso può essere oggetto di una specifica prescrizione rivolta all'autore e l'istituto della messa alla prova può rappresentare un canale di ingresso di momenti conciliativi, oltre che riparativi, della conflittualità collegata a fatti di reato, in una fase antecedente a quella dell'esecuzione della pena. Nella prassi applicativa, infatti, le prescrizioni di natura riparatoria rappresentano un elemento imprescindibile del progetto di intervento⁵²⁴.

È in questa prospettiva che, dopo una lunga gestazione⁵²⁵, si colloca l'intervento di riforma sulla messa alla prova che – nell'ambito del già citato e più ambizioso progetto volto a differenziare le sanzioni penali ed a depenalizzare, anche solo con strumenti processuali, o decriminalizzare alcuni reati – ha riguardato la giustizia degli adulti e che appare principalmente rivolto a rispondere, almeno nelle aspirazioni, ad istanze deflattive (sul piano processuale, più che carcerario)⁵²⁶, oltre che rieducative e riparatorie⁵²⁷.

⁵²³ M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, 377.

⁵²⁴ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, cit., 124.

⁵²⁵ A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1262; M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, cit., 129 ss. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 52, si sofferma anche sullo stimolo alla riforma che è venuto dalla Raccomandazione N. R (2010)1 del 20 gennaio 2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, relativa proprio alla messa alla prova.

⁵²⁶ Cfr., criticamente, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 661 ss. Egli, tuttavia, ricorda come, a partire dal 2007, la proposta di introdurre la messa alla prova sia stata ripresentata dai Governi che si sono succeduti nel tempo, fino a che l'iniziativa è divenuta parlamentare e la legge delega in materia di pene detentive

Si è affermato, infatti, che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto può ispirarsi a due modelli funzionali. Può perseguire scopi specialpreventivi, come una sorta di affidamento in prova anticipato alla fase processuale, e scopi premiali, come un rito alternativo basato sulla logica dello scambio, per cui l'imputato rinuncia ad un vantaggio (cognizione piena) in cambio di un altro vantaggio (sul piano sanzionatorio)⁵²⁸.

Proprio per evitare che la misura, sperimentata al di fuori del particolare contesto della giustizia minorile, assuma i connotati di un intervento meramente clemenziale, il legislatore l'ha limitata ai reati di minor gravità⁵²⁹, ha irrigidito i presupposti e prestato molta attenzione ad arricchire di contenuto la "prova" alla quale l'indagato o l'imputato viene sottoposto. Sia la sua applicazione che la positività dell'esito sono rimesse poi ad una valutazione discrezionale del giudice, che, prima, deve valutare prognosticamente se la personalità del soggetto risulti suscettibile di essere influenzata da un percorso trattamentale alternativo rispetto alla punizione e, poi, se siano stati raggiunti gli obiettivi rieducativi/risocializzanti che si intendevano perseguire con il trattamento⁵³⁰. La misura, in questa prospettiva, ha una chiara componente afflit-

non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, con disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (legge 28.4.2014 n. 67) è stata definitivamente approvata il 2 aprile 2014. Cfr. altresì L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, n. 1, 98; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 371.

⁵²⁷ G. PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, in *Riv. Pen.*, 2015, 505; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 626; V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3.

⁵²⁸ R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 1 s.

⁵²⁹ N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 47.

⁵³⁰ R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento*, cit., 2.

tiva, pur se ci si trova in una fase anticipata del giudizio⁵³¹, e può essere complesso elaborare un programma adeguato.

Come è stato evidenziato, se, nel sistema minorile, in forza dei principi che lo animano, si può più agevolmente comprendere che si possa rinunciare all'accertamento della responsabilità impiegando un "trattamento anticipato alternativo alla punizione e finalizzato a plasmare una personalità ancora non del tutto forgiata"⁵³², il sistema penale degli adulti mira all'accertamento del reato e si evidenzia una distonia quando l'imputato va incontro ad un trattamento sanzionatorio, senza che possa essere considerato pienamente responsabile per il fatto commesso⁵³³.

È la logica premiale, allora, che finisce per attenuare la distonia. Infatti, mancando il previo accertamento di responsabilità, è l'interessato a dover chiedere la misura e non il giudice a poterla concedere d'ufficio. L'istituto – introdotto da norme sostanziali (artt. 168-*bis* ss. c.p.) e processuali (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.) – può essere applicato sia in fase processuale che nel corso delle indagini preliminari, ma solo su richiesta dell'indagato o dell'imputato, a differenza di quanto avviene nel rito minorile⁵³⁴.

⁵³¹ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione, 3, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_07_14.pdf.

⁵³² R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento*, cit., 2.

⁵³³ Cfr. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 68.

⁵³⁴ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676 s.; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 629. M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, cit., 127 s., si sofferma sulle indicazioni per il sistema generale che dovrebbero venire dall'esperienza minorile, come la necessità del previo consenso dell'autore del fatto all'adozione della misura. Cfr., altresì, la Raccomandazione N. R (2010)1 del 20 gennaio 2010, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in materia di *Probation* (artt. 6-7), consultabile sul sito ufficiale in <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/VERSIONE%20ITALIANA%20Regole%20CoE%20Probation%20su%20sito.pdf>. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 37, sottolinea che, anche se le norme del processo minorile non richiedono espressamente il consenso del minore, "non

Il giudice è chiamato a valutare, in negativo e sul piano processuale, in base ad un accertamento sommario e provvisorio, se non ci siano i presupposti per un proscioglimento immediato *ex art.* 129 c.p.p.⁵³⁵, che impedisce l'apertura della fase di prova e, in positivo, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., se il "programma di trattamento" elaborato d'intesa con l'Ufficio di esecuzione penale esterna – o, più precisamente, dall'ufficio con il successivo parere positivo dell'imputato (art. 141-ter c. 3 disp. att. c.p.p.)⁵³⁶ – sia idoneo (eventualmente modificandolo od integrandolo) e si possa ritenere che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati (prognosi di non recidiva). Presupposto dell'istituto è che l'imputato sia chiamato a rispondere di un reato di gravità medio-bassa (reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva – sola, congiunta o alternativa – non superiore nel massimo a quattro anni, senza tener conto delle circostanze ad effetto speciale, o delitti indicati dall'art. 550 c. 2 c.p.p.)⁵³⁷ e non sia dichiarato un delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza⁵³⁸. La sospensione non può essere superiore rispettivamente ai

avrebbe senso sottoporre alla prova chi dovesse dissentire dal progetto o addirittura dalla misura".

⁵³⁵ Sulle caratteristiche di questo accertamento cfr. A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 681, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 630 s. e R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 667.

⁵³⁶ L. RANDAZZO, *La messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014*, in M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, cit., 24 s.

⁵³⁷ Come ben ricorda anche G. PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, cit., 507, recentemente la Suprema Corte si è pronunciata in senso favorevole in ordine all'ammissibilità della messa alla prova nel caso in cui il reato contestato sia punito con una pena non eccedente, nella sua forma base, i quattro anni di pena detentiva, ma sia contestata all'imputato un'aggravante ad effetto speciale tale da portare la pena edittale massima al di sopra dei quattro anni (cfr. Cass., 9 dicembre 2014 n. 6483, in *Riv. Pen.*, 2015, 340). Nello stesso senso, in via definitiva, cfr. Cass., SS.UU., 31 marzo 2016, n. 36272, in *Ced Cassazione 2016*, commentata da A. MELCHIONDA, E. MATTEVI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 325 ss.

⁵³⁸ Cfr. sul punto G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 782 s., che descrive, anche facendo ricorso ad esempi, il reale

due anni o all'anno – che decorrono dalla data di sottoscrizione del verbale di messa alla prova – a seconda che si proceda per un reato per il quale è prevista la pena detentiva (da sola, in via congiunta od alternativa) o, invece, unicamente quella pecuniaria. All'esito della prova e sulla base della relazione dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, il giudice valuterà se l'imputato ha adempiuto positivamente alle prescrizioni imposte, dichiarando l'estinzione del reato in ipotesi di esito positivo oppure, in difetto, ordinando la prosecuzione del procedimento penale.

Il ricco contenuto della prova è rimesso alla discrezionalità dell'autorità giurisdizionale, che può modificare od integrare il programma⁵³⁹ elaborato dall'Ufficio di esecuzione penale esterna⁵⁴⁰, con il consenso dell'imputato⁵⁴¹, ma, anche se le norme che disciplinano l'istituto, distribuite nel codice penale ed in quello processuale, non sono di agile

ambito applicativo della riforma, nonché A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive*, cit., 383. Come ha evidenziato R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento*, cit., 5, “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 ad una prognosi di non recidiva rispetto a soggetti che hanno comunque precedenti, lasciando al giudice ampi margini di apprezzamento perfettamente coerenti con finalità special-preventive”.

⁵³⁹ Come è stato ben rilevato (R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 669), quanto al termine “programma”, esso viene utilizzato nel codice penale per indicare solo alcune attività (a partire dall'attività di volontariato di rilievo sociale fin alle prescrizioni relative al rapporto con il servizio sociale o con la struttura sanitaria) da svolgere previo affidamento dell'imputato al servizio sociale, mentre nel codice di procedura esso pare ricomprendere, in termini più ampi, le modalità di coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare, le prescrizioni comportamentali e gli “altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni”, nonché “le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità” e, addirittura, “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa”.

⁵⁴⁰ Sulle difficoltà per gli Uffici di esecuzione penale esterna, poste dalla riforma, cfr. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 73.

⁵⁴¹ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 631.

lettura e coordinamento tra loro, alcuni requisiti appaiono comunque inderogabili⁵⁴².

Da un lato, vi sono “le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all’attività di volontariato di rilievo sociale” (art. 464-*bis* c.p.), con il lavoro come presupposto irrinunciabile (art. 168-*bis* c.p.), in quanto “mezzo di integrazione sociale”⁵⁴³. Esso è stato correttamente definito come “onere legale”, perché ben distinto da una sanzione tipica indipendente da una richiesta⁵⁴⁴.

Ciò ha sollevato in dottrina dei dubbi sul fronte della legittimità costituzionale dell’istituto⁵⁴⁵, in quanto, in base ad una valutazione che il giudice è chiamato discrezionalmente a fare, i contenuti della messa alla prova possono anche essere resi più gravosi di quelli a cui soggiacciono le tipologie di condannati in espiazione della pena, ma senza che vi sia un previo accertamento di responsabilità dell’imputato⁵⁴⁶. Inoltre, la durata del lavoro è predeterminata soltanto nel minimo⁵⁴⁷.

⁵⁴² A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1264.

⁵⁴³ A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, in *Processo penale e Giustizia*, 2014, n. 5, 145.

⁵⁴⁴ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 8, nt. 11.

⁵⁴⁵ R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 666; G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 784.

⁵⁴⁶ A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1265 s. Cfr. L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e Giustizia*, cit., 108 ss. per un’analisi delle problematiche poste dal lavoro di pubblica utilità come contenuto obbligatorio della prova e delle prassi che si sono instaurate.

⁵⁴⁷ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 784; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell’imputato adulto*, cit., 680; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 670; N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 60. Per alcuni problemi, piuttosto seri, posti dal lavoro di pubblica utilità nell’ambito della messa alla prova cfr. V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), cit., 16 s. La Corte costituzionale, con ord. 11 gennaio 2017 (dep. 10 marzo 2017), n. 54, ha tuttavia respinto alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Prato con riferimento alla disciplina sostanziale e processuale della sospensione del procedimento con messa alla prova, dichiarando, in particolare, manifestamente infondata la censura di violazione dell’art. 24

Dall'altro vi sono gli “adempimenti riparativo-risarcitori” rivolti alle vittime dell'attività criminosa, che possono vedersi rapidamente riparate le conseguenze del reato⁵⁴⁸. La persona offesa – che deve intendersi, a nostro avviso, a prescindere dalla sua costituzione come parte civile⁵⁴⁹, ma in senso tecnico, restrittivo, per evitare che si giunga ad ampliare eccessivamente lo spettro dei soggetti chiamati ad interloquire ed a porre problemi complessi di accertamento del danno, non solo sul fronte del *quantum* ma anche dell'*an*⁵⁵⁰ – viene infatti ad assumere, in questo istituto, un risalto del tutto inedito, per la nostra tradizione, ma di certo più coerente, anche se non del tutto pienamente⁵⁵¹, con le indicazioni della Direttiva 2012/29/UE, in quanto essa deve essere sentita sull'ipotesi di ammissione (anche se il suo parere non è decisivo)⁵⁵² e le sono riconosciuti dei pur limitati poteri di impugnazione (art. 464-*quater* cc. 1 e 7 c.p.p.); il domicilio indicato dall'imputato, poi, deve

Cost., posto che la durata massima dei lavori di pubblica utilità, pur se non indicata esplicitamente nell'art. 168-*bis* c.p., “risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, c.p.p. perché, in mancanza di diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata di sospensione del procedimento”; infatti, “al termine del periodo di sospensione, il giudice deve valutare l'esito della messa alla prova” tenendo conto anche del rispetto delle prescrizioni stabilite relativamente al lavoro di pubblica utilità, il quale – con tutta evidenza, per consentire al giudice di verificarne i risultati – “alla cessazione della sospensione deve essere terminato”.

⁵⁴⁸ L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e Giustizia*, cit., 98; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1264.

⁵⁴⁹ M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 395.

⁵⁵⁰ G. PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, cit., 512.

⁵⁵¹ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 784. Cfr. anche M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 392.

⁵⁵² C. VALBONESI, *I profili penali della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 363.

essere idoneo ad assicurare le sue esigenze di tutela (art. 464-*quater* c. 3 c.p.p.).

Così, il programma deve necessariamente contenere

le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni,

nonché “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa” (art. 464-*bis* c. 4 lett. b) e c) c.p.p.)⁵⁵³.

5.1.2. *Mediazione penale e condotte riparatorie nell'ambito del programma di messa alla prova*

Come emerge chiaramente dalle norme citate, in questo contesto si possono aprire degli spazi per un incontro tra autore e vittima con la valorizzazione delle condotte riparatorie e soprattutto – per i reati che lo consentono⁵⁵⁴ – con la promozione della mediazione, che per la prima volta trova riconoscimento nel rito ordinario⁵⁵⁵: si è affermato che l'istituto si inserisce “nel solco della giustizia riparativa”⁵⁵⁶, “lavorando

⁵⁵³ G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, 106.

⁵⁵⁴ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 783, la quale sottolinea altresì come, per alcuni reati economici, si possa porre un problema di coordinamento con la disciplina della responsabilità degli enti: se per le persone fisiche si apre la possibilità di una sospensione con messa alla prova ad esito estintivo, per gli enti tale istituto è di dubbia applicazione.

⁵⁵⁵ M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, cit., 163; N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 62. Secondo R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 14, da ciò ne derivano obblighi informativi per i soggetti coinvolti, come l'u.e.p.e., ed obblighi motivazionali per il giudice.

⁵⁵⁶ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 676. Cfr. anche M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 370; V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), cit., 5.

non sull'alternatività ma sulla complementarietà⁵⁵⁷ con il paradigma della giustizia penale tradizionale, auspicabile sia nella fase pre-processuale che in quella processuale.

La vittima, per questa via, “vedrebbe “evaporare” più rapidamente le conseguenze deleterie del comportamento criminale subito, peraltro senza essere costretta a “rivivere” tali circostanze nell’altrimenti imprescindibile agone” del dibattito⁵⁵⁸. La vittima, invece di rimanere immobile “a desiderare una giustizia che non arriverà in tempi ragionevolmente rapidi, ha la possibilità di beneficiare di una immediata rimozione delle conseguenze dannose e pericolose subite”⁵⁵⁹. Leggendo l’istituto anche alla luce della Direttiva 2012/29/UE, si può cogliere la *chance* di assicurare la risocializzazione del reo ed al tempo stesso di tutelare la persona offesa⁵⁶⁰.

Il nuovo articolo 141-*ter* disp. att. c.p.p., infatti, impone ai servizi sociali dell’Ufficio di esecuzione penale esterna, di riferire

specificamente sulle possibilità economiche dell’imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Tali enti devono naturalmente intendersi come “terzi”, estranei all’organizzazione giudiziaria⁵⁶¹.

Quanto all’ampiezza delle condotte riparatorie, se appare estremamente positiva la scelta di tentare di distinguere la riparazione in senso lato dal mero risarcimento, includendo l’obbligo risarcitorio tra i contenuti della prova solo “ove possibile” (art. 168-*bis* c.p.)⁵⁶², il tenore lette-

⁵⁵⁷ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 782.

⁵⁵⁸ L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 102.

⁵⁵⁹ L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., 88.

⁵⁶⁰ V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), cit., 6.

⁵⁶¹ M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 393.

⁵⁶² A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1270, secondo la quale non pare imprescindibile, di conseguenza,

rale delle norme è piuttosto incerto⁵⁶³. Nel codice penale (art. 168-*bis* c.p.), all'eliminazione delle conseguenze del reato si aggiungono le prestazioni risarcitorie; nell'art. 464-*bis* c. 4 lett. b), invece, il risarcimento, la riparazione e la restituzione paiono capaci di elidere le conseguenze del reato⁵⁶⁴.

Questa incertezza emerge ancora più chiaramente se si confrontano i dati normativi citati con il testo, ampiamente analizzato, dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 (che pur non cessa di sollevare molteplici questioni), il quale – sulla scia di quanto dispone l'art. 62 n. 6 c.p. ed anticipando quanto verrà riprodotto nell'art. 162-*ter* c.p., di più recente introduzione – distingue la riparazione del danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento, contemplate come obblighi nascenti dall'illecito penale già nell'art. 185 c.p., dall'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che potrebbe intervenire anche sul piano relazionale, nella prospettiva aperta dalla giustizia riparativa.

Quanto alla mediazione, invece, se, da un lato, non mancano letture realisticamente critiche in merito all'effettiva volontà del legislatore di favorire, con tale procedura, il coinvolgimento degli individui per una ricostruzione del dialogo e non invece, soltanto, di consentire una rapida definizione del procedimento penale⁵⁶⁵, si ravvisa anche un pericolo di sovrapposizione tra concetti diversi (riparazione e mediazione), riferibili l'uno ad un esito riparativo e l'altro ad un processo riparativo.

Se è pur vero che mediazione e riparazione appaiono come prescrizioni distinte, nell'ambito dell'art. 464-*bis* c.p.p., è altresì vero che, perché la posizione della vittima possa dirsi pienamente riconosciuta, la riparazione dovrebbe essere più correttamente definita all'esito di un percorso di mediazione e non invece con l'ordinanza di messa alla prova, alla quale dovrebbe seguire la mediazione; la riparazione costituisce

la soddisfazione materiale dell'offeso. Tale scelta può spiegare l'inapplicabilità, in ipotesi di sospensione del procedimento, dell'art. 75 c. 3 c.p.p.

⁵⁶³ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 680.

⁵⁶⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 680.

⁵⁶⁵ M. CAIANIELLO, *Notazioni comparate*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., 187 s.; A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 145.

un esito riparativo, secondo la definizione offerta dalle Nazioni Unite nella Risoluzione del 2002 del Consiglio Economico e Sociale e che abbiamo riproposto in questa sede, e dovrebbe essere concordata tra le parti.

In questo contesto, invece – come peraltro di regola avviene nella fase di esecuzione della pena – la mediazione pare declinata prevalentemente dal lato dell'autore del fatto, come una forma di riparazione in sé da affiancare alle altre prescrizioni riparatorie, nell'ambito di un progetto complesso che viene elaborato per la sua responsabilizzazione e riabilitazione⁵⁶⁶. La mediazione non mira al ripristino della coesione sociale in senso bilaterale, ma solo unilaterale “perché, nonostante la valorizzazione della vittima”, che pur non si deve sottovalutare, “essa continuerà ad avere come punto di riferimento il reo autore del reato, in termini molto simili a quanto accade per la prevenzione speciale nella logica punitiva”⁵⁶⁷.

È scontato invece che la soddisfazione della vittima non possa rappresentare un obiettivo da raggiungere a tutti i costi, come ben è evidenziato dall'inciso “ove possibile”: tanto in fase di ammissione della misura quanto in fase di valutazione dell'esito, si dovrà dare rilievo alla serietà degli sforzi profusi dall'imputato su questo versante⁵⁶⁸, piuttosto che alla partecipazione ed alla soddisfazione manifestata dalla persona offesa “che – in questo contesto, così come in quello dell'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 – si pone quale interlocutrice necessaria ma non vincolante del giudice e degli uffici dell'esecuzione penale”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Si dissente tuttavia, fermamente, da quanto sostiene V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), cit., 14, circa la necessità che l'interessato possa accedere alla mediazione solo previa ammissione di responsabilità. Non è questa, infatti, una caratteristica propria dell'istituto della mediazione. È vero, invece, purtroppo, che quasi tutti i protocolli e le linee-guida esistenti non contemplano la mediazione, anche per la difficoltà di organizzare su vasta scala i percorsi di mediazione e per la mancanza di un albo professionale cui poter far riferimento per individuare i mediatori.

⁵⁶⁷ R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 108.

⁵⁶⁸ M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 395.

⁵⁶⁹ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 14; L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un*

Alcuni correttivi, almeno parziali, possono essere tuttavia elaborati in via interpretativa, per cercare di riconoscere un significato più pregnante a questa nuova “finestra” per la soluzione conciliativa extragiudiziale⁵⁷⁰ che si apre nel processo penale, e che naturalmente, anche se non supportata da una specifica disciplina⁵⁷¹, dovrà rispettare rigorosamente i limiti invalicabili imposti da ultimo con la Direttiva del 2012 a tutela delle vittime di reato, quali, in particolare, come ricordato, la necessità di verificare che la vittima abbia prestato un consenso libero ed informato e che la mediazione sia gestita da professionisti competenti, in condizioni di sicurezza⁵⁷².

Il funzionamento della messa alla prova richiede al giudice un approccio innovativo, capace di sfruttare al massimo, in modo flessibile, tutte le potenzialità offerte dalla nuova disciplina⁵⁷³. Così, se, in forza dell’art. 464-*quinquies* c.p.p., nell’ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie devono essere adempiuti e tale termine può essere prorogato, su istanza dell’imputato, non più di una volta e solo per gra-

nuovo modello processuale, in *Processo penale e Giustizia*, cit., 99; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 299 s. Naturalmente, come evidenzia G. PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, cit., 512, per promuovere la mediazione sarà necessario prendere in considerazione il tipo di reato per il quale la messa alla prova è richiesta, escludendo i reati senza vittima, quelli senza offesa e, più in generale, quelli in cui non sia specificamente individuabile un soggetto passivo del reato.

⁵⁷⁰ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 13.

⁵⁷¹ L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., 94.

⁵⁷² Sempre sul fronte delle garanzie, è indispensabile tener fermo un principio – quello della riservatezza – che permea di sé la procedura riparativa della mediazione penale: l’inutilizzabilità nel giudizio delle informazioni acquisite in questa parentesi. R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 27 ha invocato, in questo senso, un’estensione analogica delle norme dettate in tema di consulenza tecnica e di perizia (art. 228 c. 3 c.p.p.), dove è prevista l’inutilizzabilità delle notizie apprese dall’imputato, dalla persona offesa o da altre persone per finalità diverse da quelle proprie dell’accertamento tecnico.

⁵⁷³ A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1273.

vi motivi, egli dovrebbe considerare di fissare un termine per l'adempimento che fosse compatibile con il previo esperimento della procedura di mediazione.

Non si deve sottovalutare, infatti, che, durante l'esecuzione della prova, il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero⁵⁷⁴, può modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova. Tale facoltà permetterebbe di rimodulare il programma sulla base dei primi risultati della sperimentazione⁵⁷⁵ e potrebbe essere valorizzata anche al fine di prendere in considerazione eventuali esiti riparativi che venissero concordati in sede mediativa⁵⁷⁶ se il termine per l'adempimento delle prescrizioni riparatorie non fosse ancora scaduto.

In conclusione, alla luce di quanto esposto si può ritenere che, non diversamente da quanto si è affermato per l'analogo istituto minorile, la messa alla prova per gli adulti, per come è stata elaborata, non rappresenta tanto una modalità del tutto alternativa e *riparativamente* orientata di risoluzione del conflitto, gestita dalle parti, con deviazione dal processo, quanto piuttosto un'alternativa alla pena tradizionale offerta istituzionalmente, con il lavoro come componente obbligatoria del programma⁵⁷⁷ e con la mediazione come possibile modalità di trattamento imposta ed orientata in prospettiva specialpreventiva⁵⁷⁸. «L'orientamen-

⁵⁷⁴ Come precisa M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 633, può suscitare qualche perplessità la riduzione dell'apporto dell'interessato a mera audizione, dal momento che così parrebbe legittimarsi anche un mutamento autoritativo del rapporto consensuale posto dalla legge alla base della richiesta.

⁵⁷⁵ R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 24.

⁵⁷⁶ G. PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, cit., 512 sottolinea, senza trarne le conseguenze ipotizzate in questa sede, l'opportunità che la mediazione porti ad una migliore individuazione delle attività riparatorie delle conseguenze del reato.

⁵⁷⁷ B. BERTOLINI, *Esistono forme autentiche di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano?*, cit., 14.

⁵⁷⁸ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 199. Anche R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 663 ss., parla di istituto che può assumere un carattere "sanzionatorio-trattamentale" e nel modello proposto dalla riforma ha un chiaro carattere specialpreventivo.

to alla riparazione maschera qui un atteggiamento reocentrico, marcatamente deflativo e tutto sommato intriso di vecchia penalità⁵⁷⁹: vi è addirittura chi ha parlato di “cripto-pena”⁵⁸⁰ o di una vera e propria “sanzione sostitutiva” – di durata rimessa alla discrezionalità del giudice, purché entro un limite massimo – da scontarsi in sede processuale, che viene applicata ad un “soggetto già riconosciuto colpevole”⁵⁸¹.

È vero, però, allo stesso tempo, come, grazie alle innegabili componenti riparative di tale istituto, che vuole anche farsi carico del conflitto sotteso e/o sorto con il reato, sia stata elaborata una soluzione processuale che, pur con qualche rigidità di troppo, non presuppone un trattamento con caratteri tradizionalmente sanzionatori⁵⁸² ed è comunque in grado di evitare lo svolgimento del giudizio e la condanna, previa richiesta dell’indagato o dell’imputato, coniugando

la prospettiva vittimo-centrica di matrice europea con l’equilibrio tra le parti, essenziale al sistema accusatorio, altrimenti minacciato dal riconoscimento massiccio di pretese contrapposte a quelle espresse dall’imputato⁵⁸³.

⁵⁷⁹ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 784. Cfr. anche L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, cit., 79.

⁵⁸⁰ G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, Giapichelli, 2015, 61.

⁵⁸¹ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9; C. VALBONESI, *I profili penali della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 366; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., 380; L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e Giustizia*, cit., 100. Si discute, in dottrina, sulla legittimità della sua applicazione in una fase in cui ancora manca un accertamento di responsabilità, sulla sola base del consenso dell’imputato: A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive*, cit., 384; L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, cit., 103.

⁵⁸² A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 145.

⁵⁸³ A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1270. L’Autrice legge in tale prospettiva – cioè come tassello dell’attività riparativa svolta dal reo – anche il lavoro di pubblica utilità, ma non si deve

Quanto alle ulteriori questioni critiche, è indispensabile evidenziare come la messa alla prova, per i reati che interessa, si possa sovrapporre con la fruizione di altri benefici sostanziali e, proprio per i contenuti assai incisivi del programma, seconda una parte della dottrina avrebbe difficilmente garantito un efficace risultato deflattivo, soprattutto in contesti in cui si può aspirare alla prescrizione del reato o, prima ancora, ci si può avvalere della sospensione condizionale della pena⁵⁸⁴. Per garantire una maggior razionalità complessiva del sistema, sarebbe stato opportuno riformare contestualmente anche tale istituto secondo una logica di maggior rigore, in prospettiva specialpreventiva⁵⁸⁵.

Rimane tuttavia il già richiamato forte incentivo rappresentato dal fatto che il provvedimento di ammissione alla prova “non sarebbe, almeno formalmente, una sentenza di condanna”⁵⁸⁶ e, comunque, che molti imputati non vogliono “giocarsi la sospensione condizionale della pena, o comunque gli istituti sospensivi che trovano applicazione nella fase cognitiva”⁵⁸⁷, finendo per operare un calcolo di convenienza. Infat-

dimenticare che le diverse componenti della prova sono inserite all’interno di un programma trattamentale complesso – con affidamento al servizio sociale – che può contenere anche prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale stesso o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali (art. 168-*bis* c.p.). Del resto, l’Autrice stessa (pag. 1272) ammette come la natura vincolante del lavoro di pubblica utilità strida con la flessibilità essenziale agli strumenti riparativi. Anche la citata Raccomandazione N. R (2010)1 del 20 gennaio 2010, del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, in materia di *Probation*, all’art. 47, qualifica il lavoro di interesse generale come lavoro svolto “a servizio della collettività a titolo di riparazione effettiva o simbolica di un pregiudizio causato dal delinquente”. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 7, più in generale, esclude dal campo di applicazione della giustizia riparativa le attività realizzabili dall’autore esclusivamente in favore della collettività, che risultano sganciate da una riparazione nei confronti della vittima (anche indiretta o surrogata).

⁵⁸⁴ A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 677; L. RANDAZZO, *La messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 18.

⁵⁸⁵ F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300 s.; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 668.

⁵⁸⁶ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 11.

⁵⁸⁷ R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento*, cit., 6.

ti, i primi dati disponibili ci dimostrano un'accoglienza abbastanza calorosa della prassi: al 30 aprile 2017 i soggetti ammessi all'istituto erano ben 9.782⁵⁸⁸.

5.2. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto nel sistema generale (art. 131-bis c.p.) e ruolo della persona offesa

Molto problematica appare, come peraltro già emerso nell'ambito del sistema di pace, la compatibilità con il modello riparativo di uno strumento deflattivo che una recente riforma, la novella introdotta con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, elaborata in attuazione di una delle diverse deleghe contenute nella già citata l. 64/2014⁵⁸⁹, ha esteso al sistema generale, tessendone tuttavia una veste nuova: la non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)⁵⁹⁰.

Sono stati così accolti gli auspici di una parte della dottrina⁵⁹¹, che ha messo in luce come l'istituto abbia il merito di rendere trasparenti alcune dinamiche di mancato esercizio del potere di azione attualmente tollerate dall'ordinamento⁵⁹².

⁵⁸⁸ A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive*, cit., 384. I dati sono disponibili sul sito del Ministero della Giustizia (<https://www.giustizia.it>).

⁵⁸⁹ A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 142; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659.

⁵⁹⁰ Con il d.lgs. 28/2015 (entrato in vigore il 2 aprile 2015) è stata introdotta all'art. 131-bis c.p. – nel capo I del titolo V del libro I del codice penale (quello relativo alla modificazione ed applicazione della pena) – la non punibilità per particolare tenuità del fatto, dando attuazione alla legge n. 67/2014 (art. 1, c. 1 l. m), che aveva conferito al Governo la delega per “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”. La riforma reca significative modifiche al codice penale, a quello processuale penale, nonché al testo unico in materia di casellario giudiziale.

⁵⁹¹ E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale*, cit., 8.

⁵⁹² F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 18.

Nell'analisi dell'analogo istituto delineato nell'ambito del microsistema, tralasciando le considerazioni in merito ad una possibile connessione tra riparazione ed una sopravvenuta tenuità, in sé, del fatto – che nel contesto generale possono apparire, come vedremo, ancora meno giustificate – abbiamo considerato, nelle loro luci e nelle loro ombre, le ragioni dell'offeso, la cui posizione è stata fortemente valorizzata dal legislatore del 2000 proprio per inserire con maggior coerenza l'art. 34 in un modello di giurisdizione che valorizza la conciliazione e la composizione del conflitto tra privati sotteso al reato.

Le riflessioni ampiamente svolte su di un marcato, e perfino eccessivo, ruolo della vittima nell'art. 34 d.lgs. 274/2000 sono del tutto superate in riferimento a questa più recente riforma, che riguarda i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena⁵⁹³, e che, avendo introdotto una causa di non punibilità di portata generale⁵⁹⁴ – almeno secondo alcune prime letture, oggi di fatto smentite –, potrebbe riguardare anche i reati di competenza del giudice di pace (oltre a quelli commessi da minori), vista l'assenza di una norma di coordinamento con i sottosistemi.

5.2.1. Caratteri generali dell'istituto

L'istituto, nei suoi presupposti fondamentali, è noto grazie soprattutto ai precedenti già introdotti nel microsistema minorile ed in quello del giudice di pace ed alle molteplici iniziative normative “che negli ultimi

⁵⁹³ Come si legge all'art. 131-*bis* c.p.: “Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”. Come rileva anche S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, n. 4, 162, l'inapplicabilità del meccanismo di bilanciamento è del tutto inspiegabile.

⁵⁹⁴ G. ROSSI, *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”*: profili dogmatici e scelte di politica criminale, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 540.

decenni hanno progressivamente reso familiare agli operatori della giustizia il concetto di tenuità del fatto⁵⁹⁵. Esso consente di realizzare una forma di depenalizzazione “in concreto”⁵⁹⁶.

Il riferimento alla “non punibilità”, contenuto nella delega, ha però finalmente indicato al legislatore delegato la via sostanziale⁵⁹⁷ per la traduzione della clausola di tenuità: una via che è largamente preferibile, come già illustrato analizzando l’art. 34 d.lgs. 274/2000, anche perché in questo contesto, come vedremo, il legislatore ha delineato gli indici concentrandosi prevalentemente su elementi interni al reato e lasciando da parte altre esigenze⁵⁹⁸. Sul piano processuale però il legislatore delegato è stato lasciato libero di adeguare il sistema processuale alla nuova causa di non punibilità⁵⁹⁹ e ciò è stato fatto, in chiave di deflazione processua-

⁵⁹⁵ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell’offesa*, cit., 159 ss.; A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per “Il libro dell’anno del diritto Treccani 2016”* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 1 s.

⁵⁹⁶ R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 661.

⁵⁹⁷ C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517 s.; E. TURCO, *I prodromi della riforma*, cit., 179.

⁵⁹⁸ O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors’anche mitili*, cit., 809 s.; A. MARRANDOLA, *I “ragionevoli dubbi” sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto – Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 792 ss.; R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 669.

⁵⁹⁹ La Corte costituzionale (nella sentenza 3 marzo 2015, n. 25, in <http://www.corteconstituzionale.it>), sul punto, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 520 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva una formula di proscioglimento “per particolare tenuità del fatto”, pur dichiarando l’inammissibilità della questione, ha, in qualche modo aperto le porte al nuovo istituto, affermando: “certo, il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la “particolare tenuità del fatto” strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall’art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, ed è quello che ha fatto con la legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili). Con l’art. 1, comma 1, lettera m), di tale legge, infatti, il legislatore ha conferito al Governo una delega per “escludere la punibilità di

le, con la modifica della disciplina dell'archiviazione (art. 411 c.p.p.) attraverso l'inserimento di una nuova ipotesi di archiviazione e di un procedimento "parallelo"⁶⁰⁰ e del proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.)⁶⁰¹. È stato quindi introdotto l'art. 651-bis c.p.p. per normare l'efficacia della sentenza penale nel giudizio civile o amministrativo di danno⁶⁰².

condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento". Si tratta di una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la "particolare tenuità dell'offesa" come una *causa di non punibilità*, invece che come una *causa di non procedibilità*, con una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla "non abitualità del comportamento"), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato". Cfr. R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, cit., 1317 ss.; G. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2; S. MILONE, *La "tenuità del fatto" non arriva per ora alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 995; G. ROSSI, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, cit., 537 ss.; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* (2015), cit., 2.

⁶⁰⁰ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 165; R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9; F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1707.

⁶⁰¹ Come affermato dalla Cassazione (Cass., 23 marzo 2016, n. 12305, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 887), nell'ipotesi di sentenza di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto, ex art. 469, c. 1-bis c.p.p., non sono esclusi poteri di veto del pubblico ministero e dell'imputato, analoghi a quelli previsti dal comma 1 della medesima disposizione.

⁶⁰² Come afferma G. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza* (2015), cit., 7 s., con l'art. 651-bis c.p.p. il legislatore delegato non solo non ha pregiudicato l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno, ma anzi lo ha favorito, facendo in modo che la sentenza definitiva dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto abbia efficacia extrapenale nel giudizio civile o amministrativo quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, residuando in capo al giudice civile solo il giudizio in ordine alla quantificazione del risarcimento. Tutto ciò "sul presupposto che l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto – accertata con sentenza passata in giudicato in esito ad un rituale processo – non è una

Quanto in particolare alla riforma della disciplina dell'archiviazione essa si spiega con l'esigenza di assicurare la massima deflazione processuale. Non avrebbe avuto senso orientarsi verso la non punibilità per particolare tenuità del fatto ma pretendere che essa fosse dichiarata solo dopo l'esercizio dell'azione penale⁶⁰³, come dovrebbe avvenire per le altre cause di non punibilità: l'esigenza di alleggerire il carico giudiziario tanto più risulta soddisfatta tanto più è anticipata la definizione del procedimento⁶⁰⁴.

La stringatezza della delega, comunque, non ha certo agevolato l'opera del governo nell'adeguare la disciplina processuale al nuovo istituto⁶⁰⁵.

Il discorso si fa più complesso se ci si riferisce ai singoli parametri di tenuità/esiguità che sono stati elaborati e che sono ancora più importanti nel contesto rappresentato dal sistema generale, per garantire la compatibilità dell'istituto con le innegabili esigenze di tassatività e determinatezza, la cui frustrazione potrebbe lasciare aperta la strada a forme di privilegio o a valutazioni di mera opportunità⁶⁰⁶.

In questo senso, va letta positivamente la scomparsa dei riferimenti – presenti nei modelli precedenti – al pregiudizio cagionato dal processo, che è connotato da un' *indefinitezza costituzionalmente inammissibi-*

pronuncia tipicamente assolutoria, ma, al contrario, accerta, in via definitiva, che il reato è stato commesso dalla persona dichiarata non punibile”.

⁶⁰³ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 661.

⁶⁰⁴ C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 520; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per “Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016”* (2015), cit., 2.

⁶⁰⁵ A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 3 ss.

⁶⁰⁶ Cfr. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, 229; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 181; A. MARANDOLA, *I “ragionevoli dubbi”*, cit., 793. Sul rapporto tra obbligatorietà dell'azione penale e principi di legalità ed uguaglianza cfr. G. DIOTALLEVI, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cass. pen.*, 1998, 2811; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, cit., 104; C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 174 ss.

le⁶⁰⁷ e può dare luogo a disparità di trattamento, in palese violazione dell'art. 3 della Costituzione, ed addirittura, come evidenziato, contrastare con lo stesso art. 25, essendo la valutazione legata a parametri evanescenti e poco determinati, incapaci di assicurare una previsione ragionevole *ex ante* ed un controllo rigoroso *ex post* sulle opzioni giudiziarie.

Rispetto alla clausola di improcedibilità per tenuità introdotta nel sistema di pace, vi sono altre significative differenze⁶⁰⁸. Pur differenziandosi anche in questo contesto tra parametri che riguardano il fatto e parametri che riguardano l'autore – che hanno indotto la dottrina a parlare di una figura “ermafrodita”⁶⁰⁹, per metà oggettiva e per metà soggettiva, con tutte le incertezze che ne derivano – non si pone l'attenzione, come nell'art. 34, sull'esiguità del danno o del pericolo che ne è scaturito, sul grado della colpevolezza e sull'occasionalità del fatto, ma sulla tenuità dell'offesa (desumibile dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno e del pericolo, cioè dal disvalore della condotta e dal disvalore di evento, valutati ai sensi dell'art 133 c. 1 c.p.) e sulla non abitualità del comportamento⁶¹⁰, andando ad introdurre alcune ulteriori delimitazioni in ordine al primo presupposto⁶¹¹ ed una complessa definizione di abitualità, che esclude pacificamente dall'applicazione dell'istituto i delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nonché chi abbia commes-

⁶⁰⁷ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 339.

⁶⁰⁸ R. RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, 460 s.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 663 s.

⁶⁰⁹ O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 131. L'Autrice si sofferma sul problema dell'estensibilità della causa di non punibilità ai concorrenti. Cfr. anche G. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza* (2015), cit., 3.

⁶¹⁰ G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per “Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016”* (2015), cit., 6, evidenzia come i due presupposti debbano sussistere congiuntamente, anche se quello relativo all'offesa è da ritenersi il vero elemento fondante la particolare tenuità, mentre il secondo sottende la volontà di prendere in considerazione esigenze di prevenzione speciale.

⁶¹¹ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 163, legge in queste esclusioni i segni di “un intervento più politico che tecnico”.

so reati della stessa indole, ma apre le porte a molti dubbi interpretativi sul significato che può assumere l'espressione "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"⁶¹².

Un'attenta valorizzazione del parametro rappresentato dal disvalore della condotta, capace – come ritengono in molti – di dare peso anche al grado della colpevolezza⁶¹³, insieme alla rigida definizione della no-

⁶¹² Come si legge all'art. 131-*bis* c.p.: "L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate". Se, come abbiamo visto, nell'ambito del sistema di pace è prevalsa un'interpretazione in chiave "psicologica" del requisito dell'occasionalità, in questo contesto non si riesce a capire se – con riferimento alle "condotte plurime, abituali e reiterate" – vi siano categorie di reati pacificamente escluse dall'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p., poiché il comportamento difetterebbe del requisito della non abitualità. Nelle Linee-guida elaborate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano (1 aprile 2015), in <http://www.penalcontemporaneo.it>, 17, si indica, come ostativa all'applicabilità dell'istituto, la pluralità di reati uniti dal vincolo della continuazione. Nelle Linee-guida elaborate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento (19 marzo 2015), in <http://www.penalcontemporaneo.it>, 7, invece, pur escludendo dalle ipotesi ostative quelle di concorso formale di reati, vi vengono problematicamente fatte rientrare quelle di ripetizione "della stessa condotta integrante il reato" (es. pluralità di colpi nelle lesioni). S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 164, vi riconduce i "reati a struttura complessa". Cfr. anche R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667 ss.; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* (2015), cit., 8 s. La giurisprudenza, sul punto, è molto ricca. Cfr., per l'analisi delle sentenze più importanti: G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 405 ss.

⁶¹³ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1709; S. MILONE, *La "tenuità del fatto" non arriva per ora alle Sezioni Unite*, cit., 997; S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 163; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Trec-*

zione di abitualità del comportamento, in presenza della quale l'istituto di certo non può essere applicato⁶¹⁴, possono far concludere per un presumibile maggior rigore nell'applicazione della clausola nel sistema generale, rispetto a quanto consentito dall'art. 34 d.lgs. 275/2000, per quanto attiene ai parametri che riguardano il fatto e l'autore.

5.2.2. Particolare tenuità del fatto nel sistema generale ed in quello di pace: peculiarità ed interferenze con speciale riferimento al ruolo della persona offesa

Poiché il nuovo istituto non risponde ad esigenze conciliative, ma soltanto ad “obiettivi deflattivi e di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento penale – rispetto ai quali l'interesse dell'eventuale persona offesa risulta estraneo, se non addirittura antagonistico”⁶¹⁵ – nell'art. 131-bis c.p. manca del tutto ogni riferimento all'interesse della persona offesa, né ad essa è riconosciuto alcun potere di veto, in nessuna fase, ma unicamente il diritto ad essere sentita, qualora sussistano i presupposti per una definizione anticipata del procedimento⁶¹⁶. Nella fase delle indagini, in base a quanto troviamo disciplinato nel nuovo art. 411 c.p.p., la persona offesa, così come l'indagato, viene obbligatoriamente avvisata e può opporsi entro 10 giorni esplicitando anche unicamente nel merito (a pena di inammissibilità) le ragioni del dissen-

cani 2016” (2015), cit., 6 s.; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 519. *Contra*: O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 810, nt. 10.

⁶¹⁴ E ciò nonostante, in prima battuta, la locuzione “non abitualità” esprima un allargamento rispetto all'indice di occasionalità impiegato sia in ambito minorile che nel sistema di pace: S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 161.

⁶¹⁵ S. MILONE, *La “tenuità del fatto” non arriva per ora alle Sezioni Unite*, cit., 996.

⁶¹⁶ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1708; O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 810.

so⁶¹⁷. L'interlocuzione con la vittima appare particolarmente opportuna per una più completa ricostruzione del fatto, con l'integrazione del patrimonio di conoscenze del giudice⁶¹⁸. L'obbligo di sentire la persona offesa, ma solo se presente, sussiste anche in ipotesi di proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.), ma non invece in sede di dibattimento e di udienza preliminare⁶¹⁹.

Per precisione, anche in seno alla causa di non punibilità del sistema generale, non mancano tra gli operatori delle indicazioni pratiche volte a misurare la tenuità dell'offesa tenendo conto anche di alcuni criteri di cui all'art. 133 c. 2 c.p., ed in particolare del criterio della condotta contemporanea o susseguente al reato (n. 3)⁶²⁰, che potrebbe permettere di valutare favorevolmente una prestazione riparatoria o lo sforzo riconciliativo dell'autore del reato nei confronti della vittima, ma la *ratio* dell'istituto ed il dato normativo (che contiene unicamente il riferimento al primo comma dell'art. 133 c.p.) non sembrano supportare agevolmente questa conclusione⁶²¹.

⁶¹⁷ A. MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi"*, cit., 797; G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* (2015), cit., 10. A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 4, sottolinea come il termine di dieci giorni per proporre opposizione sia troppo breve, in considerazione della specificità dell'istituto del quale si richiede l'applicazione. Recentemente, Cass., 22 dicembre 2015, n. 8384, in *Cass. pen.*, 2016, 4165, ha evidenziato la profonda differenza esistente tra la disciplina dell'opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero per particolare tenuità del fatto e quella relativa alla richiesta di archiviazione a norma dell'art. 408 c.p.p.: nel primo caso la persona offesa è tenuta ad indicare le ragioni del dissenso, ma non le indagini suppletive ed i relativi temi di prova.

⁶¹⁸ S. MILONE, *La "tenuità del fatto" non arriva per ora alle Sezioni Unite*, cit., 996.

⁶¹⁹ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 167. Cfr. anche A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 5 ss.

⁶²⁰ Cfr., in particolare, le già citate Linee-guida elaborate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano (1 aprile 2015), cit., 14.

⁶²¹ In termini di maggior apertura cfr. R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (2015), cit., 23 s., nonché, per l'indicazione di alcune sentenze di merito che prendono apertamente posizione in senso favorevole,

In termini molto critici, una parte della dottrina torna con forza sulla mancata attenzione per la prospettiva conciliativa che l'istituto tradisce, con il rischio concreto di alimentare nei cittadini una preoccupante presa di coscienza collettiva dell'impunità delle offese minori⁶²². Una soluzione favorevole al reo in ipotesi di mancato compimento di condotte riparatorie, pur possibili, "vanificherebbe la spinta alla realizzazione delle controcondotte reintegratrici della lesione all'interesse tutelato, con buona pace per questa"⁶²³.

Una delle questioni interpretative più dibattute, che la riforma ha posto, riguarda tuttavia il rapporto tra l'art. 34 d.lgs. 274/2000 e l'art. 131-*bis* c.p. Non è un caso che col parere approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il Governo sia stato invitato a valutare l'opportunità di un coordinamento tra la disciplina dell'istituto che caratterizza il sistema di pace e quella da introdurre⁶²⁴.

Il legislatore delegato ha però scelto di non effettuare un coordinamento sistematico con analoghi istituti concernenti l'irrelevanza penale preesistenti nel sistema, poiché estraneo alle indicazioni della legge delega⁶²⁵.

Ci si è chiesti, allora, se il nuovo istituto si possa applicare anche ai reati di competenza del giudice di pace, vista la presenza di una diversa clausola di tenuità nel modello disegnato dal d.lgs. 274/2000, delineata come causa di improcedibilità e assoggettata ad una diversa disciplina processuale⁶²⁶.

G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* (2015), cit., 7.

⁶²² F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, II, 323 s.

⁶²³ O. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, cit., 814.

⁶²⁴ A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 11.

⁶²⁵ F. PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, 88.

⁶²⁶ È importante evidenziare come, sotto il profilo degli effetti per l'indagato e per l'imputato, l'art. 131-*bis* c.p. appaia generalmente più gravoso in quanto è imposta l'iscrizione nel casellario del provvedimento giudiziario (ivi compreso, per molti, il decreto di archiviazione) che ha dichiarato la non punibilità (in tal senso si esprimono chiaramente le citate Linee-guida elaborate dalla Procura della Repubblica presso il Tri-

I presupposti applicativi sono parzialmente sovrapponibili, con le differenze sopra elencate⁶²⁷. Senza alcun dubbio, però, l'interesse manifestato da diversi operatori per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. nel sistema di pace si spiega con il potere interdittivo altrimenti riconosciuto, in fase dibattimentale, alla vittima di un reato in sé "particolarmente tenue"; un potere enfatizzato dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, che rischia di determinare delle irragionevoli disparità di trattamento tra imputati di fronte a casi di abuso delle prerogative riconosciute alla persona offesa⁶²⁸.

La risposta al problema può essere rinvenuta nelle conclusioni della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie che, spesso invocando l'art. 16 c.p. – che afferma il principio per cui nei rapporti fra il codice penale, come legge generale, e le leggi speciali, le disposizioni del primo si applicano anche alle materie regolate dalle seconde solo in quanto non sia da queste diversamente stabilito –, hanno di fatto escluso l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. nel microsistema di pace, in forza

bunale di Trento (19 marzo 2015), cit., 11 s., nonostante l'opinione contraria espressa da una parte della dottrina, che limita le iscrizioni ai provvedimenti definitivi, in forza del testo risultante dall'interpolazione dell'art. 3 c. 1 lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 in materia di iscrizioni nel casellario giudiziale: S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 165. Contrario all'iscrizione nel casellario dei provvedimenti di archiviazione, con lucida argomentazione, è R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (2015), cit., 25 ss.). La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata in quest'ipotesi, in seguito a dibattimento o a rito abbreviato, salvo che si opponga la parte civile che non accettato il rito, ha poi efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale: cfr. U.D. MOLINA, *Il decreto legislativo n. 28 del 16 marzo 2015. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67. Questioni di diritto processuale e di diritto sostanziale*, in *Riv. pen.*, 2016, 3 s.

⁶²⁷ F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 323.

⁶²⁸ R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (2015), cit., 1 s., nt. 3; F. PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, cit., 89; A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 12 s.

della natura speciale, e quindi prevalente, della disciplina dettata dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, rispetto a quella dettata dal codice penale. La specialità è, essenzialmente, una “specialità di sistema”, che giustifica il diverso ruolo riconosciuto alla persona offesa nella definizione normativa dei presupposti applicativi della causa di non punibilità codicistica e di quelli della causa di improcedibilità *ex art.* 34 e rinviene il proprio fondamento giustificativo nella finalità conciliativa, che rappresenta un tratto fondamentale del sistema delineato dal d.lgs. n. 274 del 2000⁶²⁹.

⁶²⁹ Cass., 31 marzo 2016, n. 13093, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 763: “Le analogie e le differenze esistenti tra il procedimento penale presso il giudice di pace ed il procedimento penale ordinario portano a ritenere che tra di essi esista un rapporto di specialità reciproca; ciò in quanto intorno ad un nucleo fondamentale comune, ruotano una serie di istituti e riti speciali, funzionali alle esigenze proprie di ciascun procedimento, come dimostrato dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 2, comma 1, il quale costituisce la base normativa che conferma tale impostazione”. In senso conforme cfr. Cass., 4 dicembre 2015, n. 1510, in *Ced Cassazione* 2015, n. 265491; Cass., 20 settembre 2015, n. 38876, in *Ced Cassazione* 2015, n. 264700 e Cass., 14 luglio 2016, n. 45996, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass_45993_16.pdf. “Prima ancora che sul terreno processuale (e, dunque, sulla base della disciplina Decreto Legislativo n. 274 del 2000, *ex* articolo 2, comma 1), l'articolo 16 c.p. esclude, sul terreno sostanziale, l'applicabilità della norma codicistica ai reati di competenza del giudice di pace. Soluzione, questa, che, oltre ad essere imposta dalla norma regolatrice dei rapporti tra il codice penale e le altre leggi penali dettata dall'articolo 16 c.p., è coerente con l'interpretazione sistematica orientata a valorizzare il *favor* per la conciliazione tra le parti che ispira la giurisdizione penale del giudice penale: è di tutta evidenza, infatti, che la “finalità conciliativa” propria di tale giurisdizione verrebbe, inevitabilmente, compromessa dall'applicabilità della causa di non punibilità codicistica svincolata dai peculiari profili della disciplina di cui all'articolo 34”. *Contra*: Cass., 19 aprile 2016, n. 40699, in <http://www.processopenaleegiustizia.it/materiali/40699.pdf>. A seguito dell'ordinanza della Cass., 4 aprile 2017, n. 20245, che ha rilevato il conflitto, investendo della questione le Sezioni Unite, la sentenza Cass., Sez. Un., u.p. 22 giugno 2017, ha definitivamente escluso l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace. In dottrina si è affermato che il disposto dell'art. 16 c.p. dovrebbe consentire di superare l'antinomia tra la causa di non punibilità codicistica e le peculiari ipotesi di tenuità dell'offesa previste per i reati di competenza del giudice di pace e del giudice minorile, facendo prevalere – nei microsistemi – la disciplina penale specifica, proprio perché la materia deve considerarsi già regolata da una legge speciale: R. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, cit., 1321; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 664. R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*

Aldilà del problema di coordinamento tra le norme, dalla lettura delle disposizioni in esame emerge a chiare lettere che la distanza che si misura tra l'art. 34 d.lgs. 274/2000 e l'istituto delineato dall'art. 131-*bis* c.p. e dalla corrispondente disciplina processuale è, in tema di coinvolgimento della vittima e di dialogo tra le parti, del tutto incolmabile, almeno per quanto riguarda le fasi successive all'esercizio dell'azione penale⁶³⁰.

Ci si chiede allora se, come soluzione di compromesso, a completamento delle pur fondamentali garanzie di natura processuale⁶³¹, non avrebbe avuto più senso introdurre, anche nella disciplina generale, in

(2015), cit., 1 s., nt. 3, sottolinea come lo spunto letterale favorevole all'applicazione generalizzata del rimedio generale, che si può trovare, per il rito onorario, nell'art. 17 d.lgs. 274/2000, che prevede che il p.m. possa richiedere l'archiviazione nei casi previsti dall'art. 411 c.p.p., tra i quali rientra ora anche la nuova causa di non punibilità, non pare decisivo, in quanto la particolare procedura prevista dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 411 c.p.p., con facoltà di opposizione di imputato e persona offesa e necessaria fissazione dell'udienza, appare inconciliabile, a norma dell'art. 2 d.lgs. 274/2000, con il rito onorario, nel quale l'opposizione all'archiviazione dà sempre luogo ad un contraddittorio meramente cartolare, senza fissazione di udienza. È chiaro però che, se la causa di non punibilità – con operazioni di “acrobatismo” interpretativo (A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 13) – si ritenesse applicabile anche nel sistema di pace, in presenza di tutti i criteri delineati dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, si dovrebbe, comunque, preferire l'archiviazione o il proscioglimento in forza di quest'ultima norma, ove la tenuità è configurata come ipotesi di non procedibilità, applicando in via solo sussidiaria la nuova causa di non punibilità, che permette di superare sempre la contraria volontà della vittima: S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, cit., 170.

⁶³⁰ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 664.

⁶³¹ Nella fase delle indagini, infatti, a differenza di quanto avviene nel sistema del giudice di pace, non ci si accontenta di un contraddittorio meramente cartolare e la decisione non può mai essere assunta *de plano*, in presenza di una persona offesa. Nel sistema del giudice di pace, invece, al di fuori dell'ipotesi in cui la persona offesa abbia fatto richiesta di essere informata dell'archiviazione oppure abbia presentato un ricorso immediato, la decisione è assunta dal giudice *de plano*, previa valutazione che non susista un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento: cfr. A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 11.

“prospettiva vittimologica”⁶³², un riferimento espresso all’interesse della persona offesa da valutarsi sul piano sostanziale, piuttosto che un mero diritto al contraddittorio. E questo senza dover giungere a riconoscere alla vittima un diritto di veto contrastante con l’obiettivo di deflazione perseguito dall’istituto⁶³³. Una condotta riparatoria di natura materiale e/o relazionale, per esempio, potrebbe assumere un significato rilevante per misurare l’attualità di un tale interesse più che per graduare in astratto l’offesa.

In ogni modo, anche senza questa modifica, un’opportunità da cogliere potrebbe essere ancora una volta quella offerta dalla giustizia riparativa, pensando alla possibilità di ricorrere, per i reati in cui una vittima sia effettivamente individuabile, a percorsi di mediazione gratuiti, attraverso strutture pubbliche, anche successivamente alla definizione del procedimento penale, se non prima⁶³⁴.

Come è stato recentemente evidenziato, un momento stragiudiziale, con il possibile invio del caso agli uffici mediativi, potrebbe inserirsi “tra le pieghe del procedimento, prendendo le mosse dal raffronto tra accusato e vittima richiesto dalla legge ai fini della declaratoria di non punibilità”⁶³⁵.

Se pensiamo per esempio alla nascita della mediazione penale in Francia, un percorso riparativo potrebbe rivelarsi assai fecondo in questo contesto, in quanto esso consentirebbe di ridare alla vittima una voce che altrimenti le è solo limitatamente riconosciuta in sede penale.

Allo stesso tempo, e soprattutto, un tentativo di ricomposizione del conflitto in sede extrapenale potrebbe forse evitare la proposizione, altrimenti inevitabile, del giudizio civile da parte sua, per ottenere un risarcimento prevedibilmente contenuto⁶³⁶, ma con tempi processuali di-

⁶³² M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, cit., 295.

⁶³³ R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 670.

⁶³⁴ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 785.

⁶³⁵ M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4198.

⁶³⁶ S. QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell’offesa*, cit., 169.

latati⁶³⁷ e con spese da sopportare a carico di entrambe le parti ed in particolare della persona offesa.

5.3. *Interventi di depenalizzazione e decriminalizzazione del 2016: nuove forme di oblio della vittima?*

Se, optando per una “riforma più affievolita” e meno organica⁶³⁸, il termine (gennaio 2015) per l’attuazione della delega per una riforma di ampio respiro del sistema sanzionatorio è stato lasciato improvvidamente scadere⁶³⁹ ed il governo si è “assunto la responsabilità politica di non dare attuazione ad una volontà parlamentare espressa da una vasta maggioranza”⁶⁴⁰, una delle deleghe più interessanti contenute nella l. 67/2014, che è stata invece attuata con i dd.lgss. del 15 gennaio 2016 nn. 7 ed 8, entrati in vigore il 6 febbraio 2016, riguarda la depenalizzazione/decriminalizzazione di diversi reati. Il catalogo delle condotte destinate a perdere valore penale era abbastanza ampio, comprendendo i reati puniti solo con l’ammenda o con la multa (salve alcune esclusioni) e, nominativamente, alcuni altri illeciti penali che l’attuale contesto sociale considera meno significativi, come alcuni delitti minori contro il patrimonio, l’ingiuria e quasi tutte le ipotesi di falso in scrittura privata⁶⁴¹, anche se il legislatore del 2014 aveva scelto una strada assai torbida per delimitare la depenalizzazione “cieca”⁶⁴², con il ricorso ad una

⁶³⁷ F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 323, si riferisce ai tempi della giustizia civile, definendoli “defatiganti e interminabili”.

⁶³⁸ R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 660.

⁶³⁹ Per un’analisi critica di questa delega cfr. G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 786.

⁶⁴⁰ F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 285 ss.

⁶⁴¹ A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 142.

⁶⁴² Questa è la formula utilizzata da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1715. Egli si sofferma su diverse problematiche interpretative poste dalla legge delega relativa alla depenalizzazione.

clausola di esclusione di alcune categorie di reati non sempre facili da individuare (materia della “sicurezza pubblica”)⁶⁴³.

Molti dei reati coinvolti dalla riforma, che trovano maggior riscontro nella prassi, sono procedibili a querela o sono di competenza del giudice di pace.

5.3.1. *Depenalizzazione e decriminalizzazione attuate con i dd.lgss. n. 8 e 7 del 2016*

Il programma di depenalizzazione è stato attuato secondo criteri diversificati⁶⁴⁴.

Per alcuni dei reati – generalmente puniti con la multa o l’ammenda, salve numerose eccezioni (art. 2 c. 2 lett. a) l. 67/2014) – era prevista la trasformazione in illeciti amministrativi, riprendendo la via della depenalizzazione in astratto, “già battuta” anche se, fino ad oggi, periodicamente intrapresa con poca convinzione, nonostante lo sforzo espresso dal legislatore del 1981 di dettare una disciplina generale dei profili sostanziali e processuali dell’illecito amministrativo. Se è pur vero che la depenalizzazione non dovrebbe intervenire “se davvero il legislatore sapesse governare con costanza e razionalità l’opzione tra illecito penale e illecito amministrativo”⁶⁴⁵, la riforma è parsa necessaria per dare un po’ di ossigeno al sistema e “porre rimedio all’irrisorietà del tasso di recupero delle sanzioni inflitte dall’autorità giudiziaria, assicurando un maggior gettito nei confronti dell’erario”⁶⁴⁶.

È quindi intervenuto il d.lgs. n. 8/2016, che ha dettato anche una disciplina transitoria, con trasmissione degli atti all’autorità amministrativa, per evitare che il fatto commesso sotto la vigenza della legge penale e poi depenalizzato andasse del tutto esente da sanzione, visto il divieto di applicazione retroattiva della sanzione amministrativa stabilito con legge ordinaria. La delega sul punto è stata tuttavia esercitata dal Go-

⁶⁴³ G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, cit., 784.

⁶⁴⁴ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 578.

⁶⁴⁵ F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., 287.

⁶⁴⁶ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 579.

verno solo parzialmente, in quanto alcuni reati di cui era stata prescritta espressamente la depenalizzazione da parte del legislatore delegante – e, tra questi, in particolare l’art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998 – hanno mantenuto rilevanza penale. Per queste fattispecie il Governo ha discutibilmente ritenuto necessario lo strumento penale nella prospettiva di assicurare una miglior regolazione del conflitto con l’ordinamento innesco dal comportamento vietato⁶⁴⁷. Ha ritenuto preferibile “assecondare la rappresentazione “populistica” del fenomeno in esame, anteponendola a valutazioni di efficienza e razionalità”⁶⁴⁸.

Per un numero più contenuto di reati, invece, “caratterizzati dalla natura interpersonale o comunque dal coinvolgimento di interessi prevalentemente privati”⁶⁴⁹ ed in cui la volontà dell’offeso ha un ruolo determinante – quali i delitti di falsità documentali, alcuni delitti minori contro il patrimonio perseguibili a querela (artt. 627, 635 c. 1 e 647 c.p.) ed il delitto di ingiuria⁶⁵⁰ – la scelta legislativa è stata quella della “privatizzazione della tutela”⁶⁵¹, con trasformazione in corrispondenti nuovi illeciti civili e non in illeciti amministrativi. L’opzione seguita appare coerente con la tesi che esclude dall’oggetto di tutela amministrativa diritti soggettivi o interessi di natura meramente privatistica⁶⁵².

⁶⁴⁷ L’art. 1 c. 4 d.lgs. 8/2016 stabilisce chiaramente l’esclusione dalla depenalizzazione dei reati di cui al d.lgs. 286/1998. Il legislatore delegato ha poi escluso espressamente dalla depenalizzazione le fattispecie previste nel codice penale, anche se si trattava di reati puniti solo con la multa o l’ammenda e quindi rientranti nella clausola cieca di depenalizzazione della legge delega.

⁶⁴⁸ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 586.

⁶⁴⁹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1704.

⁶⁵⁰ F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 163 s.

⁶⁵¹ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 592.

⁶⁵² F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo*, in *Indice pen.*, 1983, 256 s.; F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, cit., 3 ss.

La delega già contemplava un'inedita forma di sanzione pecuniaria civile distinta dal mero risarcimento del danno⁶⁵³ – con funzione ultracompensativa, essendo l'azione di cui all'art. 2043 c.c. evidentemente insufficiente a tutelare gli interessi giuridici oggetto delle norme in via di abrogazione⁶⁵⁴ – ma pur sempre riconosciuta da un giudice⁶⁵⁵ solo a seguito dell'attivazione di una procedura promossa dalla “parte offesa/danneggiata”, che si assume l'onere della prova, come per gli altri illeciti civili, ancorché meno particolari⁶⁵⁶.

L'assenza, nel sistema, di riferimenti normativi univoci circa l'atteggiarsi di questa tutela civile ha imposto tuttavia di elaborare soluzioni disciplinari “idonee – in chiave sistematica – ad assicurare la funzionalità della nuova categoria di sanzioni punitive”⁶⁵⁷.

5.3.2. Decriminalizzazione e natura complessa della nuova “sanzione pecuniaria civile”

Il confine, a volte solo apparentemente, netto tra la materia civile e quella penale (oltre che amministrativa) si fa qui ancora più sfuggente⁶⁵⁸, avendo il legislatore pensato a sanzioni da applicarsi a condotte tassativamente indicate, entro un limite minimo ed un limite massimo,

proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche (art. 3 c. 3 l. 67/2014 e art. 5 d.lgs. 7/2016).

⁶⁵³ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1696.

⁶⁵⁴ C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3.

⁶⁵⁵ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 578.

⁶⁵⁶ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1719, fin da subito riteneva, tuttavia, che la somma in questione dovesse essere destinata all'erario.

⁶⁵⁷ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 578.

⁶⁵⁸ C. PIERGALLINI, *“Civile” e “Penale” a perenne confronto*, cit., 1299 ss., il quale, tuttavia, ancora parla del “danno punitivo” come estraneo alla nostra esperienza giuridica.

Se taluno ha parlato di una delega innovativa rivolta all'introduzione di un'inedita sanzione "riparatoria"⁶⁵⁹ – non troppo distante però dall'esempio, già noto, offerto dall'art. 12 della legge sulla stampa dell'8 febbraio 1948 n. 47, ove la somma da versare alla persona offesa è determinata dal giudice "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato" e quindi già definita come una forma di "pena privata"⁶⁶⁰ – c'è chi ha recentemente illustrato l'assoluta peculiarità di tale sanzione, dalla funzione chiaramente punitiva, desumibile anche dai criteri di commisurazione rappresentati dalla "personalità" dell'agente e dalle sue "condizioni economiche"⁶⁶¹. A differenza di quanto avviene per le sanzioni risarcitorie, non si guarda all'illecito, in questo contesto, solo "come all'ingiusta alterazione di una proporzione quantitativa, che è necessario ristabilire"⁶⁶² e la prestazione non trova giustificazione nella perdita subita dalla controparte⁶⁶³.

Il retroterra delle nuove sanzioni è così rappresentato dalle "pene private"⁶⁶⁴, suscettibili di essere valorizzate in funzione di "tutela pre-

⁶⁵⁹ A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 142.

⁶⁶⁰ F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), cit., 1985, 7.

⁶⁶¹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1719. Cfr. anche C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"* (2015), cit., 11 ss.

⁶⁶² T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 60.

⁶⁶³ F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione «convenzionale» di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2015, 10.

⁶⁶⁴ E. MOSCATI, *Voce Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 770 ss., si sofferma però sulla eterogeneità degli istituti che vengono ricondotti a questa categoria. Se la distinzione dal risarcimento del danno appare un passaggio obbligato per giungere ad una nozione autonoma di pena privata e la sua definizione come "sanzione a tutela di interessi privati" può dirsi pacifica, insieme alla sua funzione punitiva, altri elementi di aggregazione della figura sono difficili da individuare, tanto da mettere in dubbio la possibilità di costruire una vera e propria categoria omogenea. Sul punto cfr. anche M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., XII ss., che la definisce come "misura afflittiva, dunque, con funzione analoga alla sanzione pubblica (pena), irrogata direttamente dal privato, o dall'autorità giudiziaria su istanza del privato, in ogni caso, a beneficio di quest'ultimo (privata)". Cfr. altresì C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso*

ventiva di interessi privati, quale valida ed efficace alternativa ai tradizionali strumenti punitivi (penali ed amministrativi)⁶⁶⁵.

La questione concernente la natura giuridica della sanzione è però estremamente complessa, soprattutto se si considera come la scelta del legislatore delegato sia stata alla fine quella di prevedere una sanzione irrogata solo unitamente al risarcimento del danno, ma da versarsi all'erario (cassa delle ammende), coniugando “connotati privatistici e pubblicistici”⁶⁶⁶, quando invece le sanzioni civili, almeno di regola, dovrebbero essere destinate al privato danneggiato⁶⁶⁷, anche per compensare il fatto che, secondo taluno, – con il venir meno del reato – egli potrebbe avere diritto unicamente al risarcimento del danno patrimoniale⁶⁶⁸. È possibile tuttavia che tale timidezza del governo si giustifichi alla luce della lunga chiusura ai c.d. “danni punitivi” manifestata fino ad oggi soprattutto dalla nostra giurisprudenza, per incompatibilità con

so alla “sanzione pecuniaria civile” (2015), cit., 5 ss. e M. GAMBARDILLA, *Una depenalizzazione a due marce*, in M. DANIELE, P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, 25 ss.

⁶⁶⁵ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 591.

⁶⁶⁶ F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., 288.

⁶⁶⁷ F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, cit., 2 s. Come evidenzia però E. MOSCATI, *Voce Pena (dir. priv.)*, cit., 785, anche se fenomeno frequente, “non è una costante della pena di diritto privato che la sanzione irrogata ad un soggetto si risolva sempre in un vantaggio patrimoniale per l’altro”. *Contra* però M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., XVII, citando una ricchissima bibliografia.

⁶⁶⁸ F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, cit., 65. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell’intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l’onore*, Roma, Aracne, 2013, 182, invece, sottolinea come il problema che si potrebbe porre affidando la tutela dell’onore allo strumento civilistico, e cioè quello relativo alla risarcibilità dei danni non patrimoniali ai sensi del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c. – visto che quest’ultima norma limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai soli casi previsti dalla legge, identificati, secondo una consolidata interpretazione, in quelli provenienti da reato in base all’art. 185 c.p. – è oggi superato dall’interpretazione giurisprudenziale relativa ai confini dell’art. 2059 c.c., cristallizzata nella lettura data dalla sentenza delle Sezioni Unite, più volte citata (26972/2008), che si presta a coprire senza difficoltà i danni derivanti dalla lesione di un diritto fondamentale, anche al di là degli angusti limiti posti dall’art. 185 c.p.

l'ordine pubblico interno, avendo la responsabilità civile una funzione unicamente riparatoria⁶⁶⁹.

Queste nuove sanzioni sono riconducibili ad un *tertium genus*, che condivide con le sanzioni amministrative il carattere pubblicistico e la loro non convertibilità in misure che incidono sulla libertà personale in ipotesi di insolvibilità, ma che si distanzia da esse sul fronte della “procedibilità” – tanto che l'accoglimento della domanda risarcitoria appare “un presupposto processuale affinché il giudice si pronunci anche sulla sanzione”⁶⁷⁰, senza che però, per questa pronuncia, appaia necessaria una specifica domanda dell'attore – e su quello della natura degli interessi tutelati⁶⁷¹.

Il tema della sussidiarietà del diritto penale è sviluppato in dottrina prevalentemente avendo presenti le tecniche di tutela di carattere amministrativo, in quanto la sanzione penale pecuniaria e quella amministrativa sono “almeno relativamente e parzialmente omogenee e strutturalmente affini”⁶⁷². Già Bricola⁶⁷³, nel 1985, però, definiva – nell'ambito di una “strategia differenziata” contro il crimine – le pene private come strumenti di grande interesse per il cultore di discipline penalistiche e la soluzione fatta propria dal decreto delegato rappresenta un'occasione che consente di sperimentare solo parzialmente questa prospet-

⁶⁶⁹ Cfr. quanto illustrato nel cap. 2, par. 1.2.3, anche per la recentissima apertura espressa da Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (ordinanza interlocutoria), cit., 1854 ss. e, soprattutto dalle Sezioni Unite, che si sono pronunciate con la sentenza Cass., SS.UU., 7 febbraio-5 luglio 2017, n. 16601, affermando che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non può considerarsi incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento. È molto interessante, tuttavia, quanto già affermava G. CALABRESI, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 422, sottolineando come l'approccio auspicabile sia quello di prevedere forme di “risarcimento” “da corrispondersi direttamente allo Stato, mediante somme di denaro”, che si avvicinino alla figura della multa.

⁶⁷⁰ G. SPINA, *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d.lvo 7/2016: luci e ombre* (2016), in <http://www.lanuovaproceduracivile.com>, 3.

⁶⁷¹ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 592.

⁶⁷² T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., 66.

⁶⁷³ F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell'ottica del penalista*, cit., I ss.

tiva, del tutto innovativa nel nostro ordinamento, ma già concretamente nota all'estero.

La questione è molto delicata e meriterebbe certo un maggior approfondimento, sia rispetto a quanto trattato in questa sede, sia rispetto a quanto lo stesso legislatore del 2014 ha ritenuto di fare, quando ha lasciato alla fase di attuazione della delega numerosi problemi da risolvere, a partire da quello della definizione dell'autorità competente ad irrogare le sanzioni⁶⁷⁴. Nonostante il rischio di accrescere ulteriormente il contenzioso nella materia civile⁶⁷⁵, questa autorità è stata individuata successivamente proprio nel giudice civile, che condanna al risarcimento del danno ed applica la sanzione punitiva, ma solo in ipotesi di condotta dolosa⁶⁷⁶.

L'impressione che si ha, guardando alla riforma, è quella di una volontà legislativa volta a soddisfare le esigenze di prevenzione generale, assicurate anche dalle sanzioni amministrative, ed in questo contesto colorate di nuove sfumature punitive grazie ad una disciplina particolare, caratterizzata, per esempio, dall'istituzione di un registro informatizzato delle condanne al pagamento delle sanzioni civili, al fine di consentire la valutazione della sussistenza del carattere della reiterazione⁶⁷⁷. Si è voluta evitare tuttavia una duplicazione inutile e dispendiosa di procedimenti.

La subordinazione della nuova sanzione punitiva all'iniziativa di parte non può essere censurata: gli illeciti in questione costituivano infatti, originariamente, reati perseguibili a querela "la cui repressione penale era dunque fin dall'origine subordinata all'iniziativa privata"⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"* (2015), cit., 15.

⁶⁷⁵ Cfr., sul punto, G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, cit., 785; F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1705; C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"* (2015), cit., 13 s.

⁶⁷⁶ C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"* (2015), cit., 10.

⁶⁷⁷ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 595.

⁶⁷⁸ F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., 288.

Quanto alle inedite sfumature punitive, basti evidenziare come il legislatore della delega abbia stabilito una serie di principi direttivi piuttosto generici che comunque riguardano, in ossequio al principio di legalità, la tassatività dei precetti e la predeterminazione della cornice edittale delle sanzioni pecuniarie civili. Canoni più stringenti sono stati previsti solo in relazione ai peculiari criteri commisurativi⁶⁷⁹.

Le categorie tradizionali o le rigide distinzioni tra ambiti disciplinari sembrano essere passate in secondo piano rispetto al tema delle garanzie insopprimibili da riconoscere ai soggetti attivi di tali fatti illeciti, oltre che alle “vittime”. La qualificazione civilistica dei nuovi illeciti ha tuttavia problematicamente delimitato il campo delle garanzie sostanziali e processuali riconosciute agli autori, rispetto a quelle previste dalla C.E.D.U. per la “materia penale”⁶⁸⁰.

5.3.3. Il significato della giustizia riparativa nel quadro degli interventi di decriminalizzazione

In conclusione, anche questa riforma consente di dischiudere più chiaramente una prospettiva a volte sottovalutata nell’ambito penale, ma che la giustizia riparativa illumina chiaramente: quella che guarda alla natura delle relazioni sottese agli illeciti, ai conflitti sottostanti ai “fatti” che vengono posti in essere e che possono assumere la qualifica di reati oppure, dopo qualche tempo, per una scelta originale del legislatore, di meri illeciti civili, anche se sanzionati in forma inedita.

Così, contrariamente a quanto a prima vista potrebbe apparire, questa scelta particolare – favorevole alla decriminalizzazione di alcuni reati, che sono in massima parte caratterizzati dalla presenza di una vittima individuale, e di competenza del giudice di pace, come l’ingiuria ed il danneggiamento semplice – non dovrebbe chiudere le porte al mo-

⁶⁷⁹ A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 594.

⁶⁸⁰ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1720; F. MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione «convenzionale» di pena*, cit., 11. Il problema maggiore si coglie sul fronte processuale, con riferimento al rispetto del canone della presunzione di innocenza e della regola dell’“oltre ragionevole dubbio”.

dello conciliativo elaborato con il d.lgs. 274/2000, ma anzi, al contrario, gliele dovrebbe aprire con forza.

Già in sede di attuazione della delega sarebbe stato auspicabile che si tenesse conto dell'esperienza maturata nel sistema di pace, valorizzando con decisione, anche in questo contesto, la mediazione per favorire una definizione alternativa del procedimento in via anticipata.

In ogni caso oggi, a delega attuata senza questa sensibilità, e con l'auspicio che un legislatore attento favorisca espressamente il ricorso ad una mediazione gratuita anche in questo contesto – in luogo della più formale negoziazione assistita⁶⁸¹ –, rimane pur sempre preferibile che si dia corso almeno ad un'adeguata campagna informativa a favore di procedure riparative (utilizzando ancora un lessico penalistico), che potrebbero risparmiare ad entrambe le parti i costi del giudizio, nell'ipotesi in cui esse intervenissero con successo in una fase anticipata del procedimento civile volto, in conclusione, anche all'irrogazione della sanzione. Il ricorso alla mediazione, del resto, pare favorito – almeno sul piano soggettivo – dalla scelta che il legislatore ha operato con il riconoscimento della legittimazione attiva per l'avvio della procedura volta all'applicazione della sanzione civile in capo alla sola persona offesa e non al mero danneggiato (art. 8 c. 2 d.lgs. 7/2016), sebbene la terminologia utilizzata appaia poco consona al contesto civilistico⁶⁸².

Attraverso questa soluzione si potrebbero superare alcune criticità che tale rimessione ai privati della gestione dei conflitti ha recato con sé, visto che il ricorso ad una pena privata incide profondamente innanzitutto “sul modello stesso della tecnica di controllo sociale”⁶⁸³.

Non si deve dimenticare che l'attivazione di un giudizio civile è molto gravosa per la parte attrice (già persona offesa), che potrebbe anche non disporre di elementi di prova sufficienti per vedere riconosciute le proprie ragioni, subendo un indebolimento della tutela⁶⁸⁴, ed è

⁶⁸¹ G. SPINA, *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d.lvo 7/2016: luci e ombre* (2016), cit., 6.

⁶⁸² A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 594.

⁶⁸³ T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., 68.

⁶⁸⁴ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1721.

difficile pensare che in sede civile il conflitto possa essere gestito, sempre, più adeguatamente, “consentendo a ciascuna delle parti in esso effettivamente coinvolte la massima espressione degli interessi di cui sono portatrici e delle ragioni che li sostengono”⁶⁸⁵. Come è stato correttamente evidenziato, l’emigrazione dell’offeso in sede civile “gli riserva tempi processuali ulteriormente dilatati e un’ancora più spiccata inefficienza della macchina giudiziaria, se non maggiori possibilità di denegata giustizia, rispetto a quanto si verifica in sede penale”⁶⁸⁶.

Vista la scelta che il Governo ha deciso di fare allontanandosi dal modello dei *punitive damages*, poi, il danneggiato non vedrà compensato il maggior sforzo che gli viene richiesto in sede giurisdizionale con un beneficio economico supplementare rispetto al mero risarcimento del danno⁶⁸⁷ e potrebbe essere particolarmente motivato a ricercare piuttosto un componimento rapido e complessivo della controversia attraverso il ricorso a procedure riparative.

5.4. La giustizia riparativa nei lavori degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale

Sebbene, come già chiarito, la rilevanza assunta dal tema della giustizia riparativa nella fase dell’esecuzione penale non sia fondamentale per il nostro studio, che si incentra sulle possibilità di una definizione conciliativa dei conflitti anticipatamente rispetto alla condanna e senza ricorrere alla sanzione penale (giustizia riparativa come strumento di *diversion*), appare utile fare un pur breve riferimento all’approfondito lavoro di riflessione svolto dal Tavolo Tecnico n. 13, dedicato alla giustizia riparativa, alla tutela delle vittime ed alla mediazione penale, in

⁶⁸⁵ T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., 69.

⁶⁸⁶ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 326 s.

⁶⁸⁷ M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 214, evidenzia come proprio il beneficio supplementare dovrebbe spingere il danneggiato ad attivarsi e, così, le pene private potrebbero essere più efficaci del rimedio penale. Come già ricordato, A. GULLO, *Dif-famazione e legittimazione dell’intervento penale*, cit., 182, invece, evidenziava come il problema che si potrebbe porre affidando la tutela dell’onore allo strumento civilistico, e cioè quello relativo alla non risarcibilità dei danni non patrimoniali ai sensi del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c., dovrebbe considerarsi superato in forza della sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/2008.

seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, la cui Relazione finale presenta spunti di grande interesse⁶⁸⁸.

Scopo prioritario dell'analisi condotta dal Tavolo 13, che lo ha portato a delineare un progetto di riforma molto semplice e concreto⁶⁸⁹, è stata l'introduzione della giustizia riparativa nella fase dell'esecuzione della pena, suo campo di applicazione privilegiato, secondo taluno, poiché qui non è più in discussione la responsabilità del reo rispetto al fatto di reato oggetto di accertamento nel corso del giudizio, che si è concluso con la condanna e la conseguente pena, e non opera quindi più la presunzione di innocenza⁶⁹⁰. Tuttavia, il gruppo di lavoro ha giustamen-

⁶⁸⁸ Sugli Stati Generali ci siamo già soffermati a partire dal capitolo secondo. Preme ricordare però che la già citata Relazione del Tavolo 13, alla quale ci si riferirà nel presente paragrafo, è confluita nel Documento Finale degli Stati Generali, che è consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.wp?previousPage=mg_2_19#a8q.

⁶⁸⁹ *Allegato 5 – Articolato normativo, allegato alla Relazione del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)* degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, in https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato5.pdf. La bozza di articolato normativo riguarda prevalentemente la riforma della legge di ordinamento penitenziario, n. 354 del 1975, e del relativo regolamento, d.P.R. n. 230 del 2000, e, insieme ad interventi più circoscritti, volti soprattutto a fornire un'adeguata informazione ai possibili interessati, prevede l'introduzione, dopo l'art. 15 ord. pen., del seguente articolo:

Art. 15-bis. Giustizia riparativa.

1. In qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati per tutti i tipi di reato, compresi quelli elencati all'art. 4-bis, possono accedere ai programmi di giustizia riparativa attraverso le strutture pubbliche o private presenti sul territorio.
2. Ai programmi di giustizia riparativa i condannati e gli internati, previa adeguata informazione, accedono su base volontaria.
3. Le dichiarazioni rese e le discussioni effettuate nell'ambito di un programma di giustizia riparativa sono confidenziali e possono essere divulgate esclusivamente con l'accordo delle parti.
4. Ai fini della concessione dei benefici penitenziari non si tiene conto della mancata effettuazione o dell'esito negativo dei programmi di giustizia riparativa.

⁶⁹⁰ G. DARAIO, *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato*, cit., 362, precisa che proprio l'inoperatività della presunzione di innocenza nella fase di esecuzione rende quest'ultima "terreno davvero fertile per la sperimentazione di pratiche di giustizia riparativa, quale occasione per ricucire la frattura provocata dal reato, rinsaldare il "patto di cittadinanza", aumentare il senso di benes-

te colto l'occasione per ribadire fermamente l'opportunità di favorire il ricorso alla *restorative justice* in ogni stato e grado del procedimento penale⁶⁹¹ ed “a prescindere dal *nomen iuris del reato* o dalla pena editata”⁶⁹²: per reati anche violenti, ma senza escludere quelli colposi, poiché la sofferenza delle vittime può non mutare, anche a fronte di forme di colpevolezza dell'autore radicalmente diverse⁶⁹³. Non si tratta, infatti,

di individuare un catalogo di reati per i quali prevedere l'accesso alla giustizia riparativa *bensì* occorre guardare alle singole e concrete circostanze dell'episodio criminoso e al contesto in cui si iscrivono determinate forme di criminalità per le quali un lavoro sulla verità e sulla memoria può essere indispensabile per ricostruire la fiducia interindividuale e ideali autenticamente democratici⁶⁹⁴.

sere dei cittadini, abbassare la recidiva e più in generale la conflittualità diffusa, e, nel contempo, favorire una rieducazione responsabile del soggetto destinatario di una condanna penale, in vista della sua piena reintegrazione nel tessuto sociale”. Per l'analisi di una sperimentazione di programmi di *restorative justice*, nell'ambito dell'esecuzione della pena cfr. F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 189 ss.

⁶⁹¹ Sebbene il profilo non risulti trattato in seno al Tavolo 13, dove, al contrario, si vogliono espressamente respingere le suggestioni che i programmi di giustizia riparativa rispondano prioritariamente ad esigenze deflattive (*Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 18), G. DARATIO, *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato*, cit., 365, ricorda che se la fase esecutiva è effettivamente quella che si presta maggiormente a favorire i percorsi di mediazione, è sul processo di cognizione che bisogna puntare, se si vuole ottenere un recupero di efficienza del sistema penale, con l'uscita del fatto dal circuito penalistico.

⁶⁹² *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 19.

⁶⁹³ G. MANNOZZI, *Il documento finale degli “Stati Generali dell'Esecuzione Penale” in materia di giustizia riparativa*, cit., 565 ss.

⁶⁹⁴ *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 19. Cfr. anche le riflessioni di M. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1130.

Nella Relazione finale, oltre che sui profili definitivi che sono già stati indagati soprattutto per evidenziare ciò che non può considerarsi giustizia riparativa, ci si sofferma sulla necessità di evitare contaminazioni concettuali con le logiche sanzionatorie basate sulla ritorsione, anche se il termine “riparazione” viene menzionato più volte, nel nostro sistema penale, in contesti diversificati ed è assai complesso attribuirvi un significato univoco.

Si sottolinea il valore inclusivo di un approccio riparatorio al fare giustizia, che sia rispettoso della dignità della vittima e del reo, entrambi persone, prima di incarnare dei ruoli che il diritto ha predefinito, e che sono chiamate a farsi parti attive nella gestione del conflitto e nella creazione di un progetto di reintegrazione.

La prospettiva è quella, più volte ricordata in questo studio, della *complementarietà* tra giustizia riparativa e giustizia penale, tra questi due paradigmi di giustizia, poiché la *restorative justice*, pur avendo uno statuto giusfilosofico autonomo, non ha la capacità “di assurgere a paradigma universale di regolazione dei conflitti”⁶⁹⁵ e deriva la sua legittimazione dall’esistenza di una reciprocità di diritti formalizzata dalla legge e corredata da una forza pubblica coercitiva, nella dimensione penalistica. Anche quando si ricorre ai programmi di giustizia riparativa quali tecniche di *diversion* “si media o si lavora con gli strumenti di giustizia riparativa “all’insegna della legge” e non “al posto” della legge, intesa qui nella sua dimensione precettiva”⁶⁹⁶.

Si guarda al modello tedesco, per quanto attiene alle modalità attraverso le quali la giustizia riparativa è entrata nel sistema penale sostanziale e processuale; a quello belga, per quanto attiene alla designazione di un consulente in giustizia riparativa negli istituti penitenziari⁶⁹⁷; a

⁶⁹⁵ G. MANNOZZI, *La “visione” di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 234.

⁶⁹⁶ *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 16.

⁶⁹⁷ I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, cit., 1993 ss. si sofferma sul sistema belga e precisa tuttavia come la figura del consulente in giustizia riparativa – inserito in ogni istituto penitenziario, a fianco della direzione del carcere, e chiamato a promuovere lo sviluppo di cultura, abilità e programmi che dessero spazio ai bisogni delle vittime e a risposte

quello francese, in merito alla creazione di un istituto nazionale di sostegno alle vittime ed alla definizione normativa della nozione e delle finalità della giustizia riparativa⁶⁹⁸. Si riprendono quindi le indicazioni delle fonti sovranazionali per indicare i principi irrinunciabili che i programmi di giustizia riparativa devono rispettare: essere, cioè, generalmente fruibili, volontari e consensuali, confidenziali; prevedere la partecipazione attiva delle parti; avere una finalità di riparazione materiale o simbolica dell'offesa; evitare i fenomeni di seconda vittimizzazione⁶⁹⁹.

Dal punto di vista pratico, la pre-condizione per l'attuazione della *restorative justice* è l'istituzione in maniera capillare, su tutto il territorio nazionale, di centri composti da mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa, iscritti in un apposito albo ed adeguatamente formati. I centri – che dovrebbero essere vincolati al rispetto di codici di condotta e regole comuni, sotto il controllo di uno specifico organo di vigilanza ministeriale⁷⁰⁰ – dovrebbero agire in un contesto pubblicistico ed offrire prestazioni gratuite⁷⁰¹.

riparative, insieme alle proposte di singoli percorsi di mediazione per la popolazione detenuta – sia stata rimossa nel 2008, per ragioni che ancora rimangono poco chiare.

⁶⁹⁸ *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 6. Sui profili comparatistici qui citati, si rinvia comunque agli approfondimenti contenuti nel cap. 3 del presente lavoro.

⁶⁹⁹ Cfr. anche *Allegato 3 - Nozione, caratteristiche e strumenti della giustizia riparativa alla Relazione del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)* degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, cit., 3 ss.

⁷⁰⁰ Cfr. *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 22.

⁷⁰¹ *Allegato 6bis – Albo dei mediatori - Profilo del mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa, allegato alla Relazione del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)* degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, in https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato6bis.pdf. Dal punto di vista economico, il Tavolo 13 ha proposto che una quota dei fondi della Cassa delle ammende sia destinata, in maniera vincolata, al finanziamento di progetti di giustizia riparativa e che, analogamente a quanto avviene in Francia, una piccola percentuale dei premi assicurativi (assicurazione sulla casa, sull'auto ecc.) sia destinata a creare un fondo di finanziamento di progetti di giustizia riparativa a favore delle vittime di reato: cfr. *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 10.

Vista la sua importanza, anche il tema della formazione dei mediatori ha quindi costituito oggetto di una specifica riflessione, in quanto presupposto irrinunciabile per garantire degli *standard* qualitativi adatti a chi opera in un contesto delicatissimo, che richiede competenze teoriche e pratiche sulla specifica materia della giustizia riparativa e su tutti i suoi programmi e competenze giuridiche e criminologiche. La formazione, pur imponendo un raccordo operativo con i centri di mediazione già esistenti, andrebbe organizzata con la collaborazione delle Università e l'istituzione di corsi di studio universitari, anche perché, più in generale, l'introduzione dello studio della giustizia riparativa, alla quale va conferita un'autonomia scientifico-didattica, nell'ambito dei *curricula* accademici permetterebbe di valorizzare la figura professionale del mediatore e ad un tempo di completare, ampliare e riqualificare la formazione dei giuristi, destinati poi ad operare attivamente nel sistema giudiziario come magistrati, avvocati, operatori penitenziari⁷⁰². In attesa dell'istituzione dei corsi di studio auspicati, il Tavolo 13 ha comunque precisato che si dovrà guardare con sfavore ad ogni corso di formazione la cui durata sia inferiore alle 200 ore – comprensive sia della formazione teorico-pratica alla giustizia riparativa sia della formazione sugli aspetti giuridico-istituzionali – e che non si accompagni a *stages*, ad un periodo di tirocinio, ad una prova finale di valutazione⁷⁰³.

⁷⁰² Cfr. ampiamente, sul punto, G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.

⁷⁰³ *Allegato 6 - La formazione dei mediatori esperti in programmi di Giustizia riparativa, allegato alla Relazione del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, in https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato6.pdf.

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE DI SVILUPPO NELLA DEFINIZIONE ALTERNATIVA DEI CONFLITTI: IL CONTRIBUTO DI UN MODELLO *RIPARATIVAMENTE* ORIENTATO E DEGLI ISTITUTI CHE LO CARATTERIZZANO

1. La giustizia riparativa per la definizione alternativa dei conflitti nell'ambito della giustizia penale degli adulti: alcune riflessioni

In questo lavoro la giustizia riparativa è stata via via tratteggiata, nei suoi caratteri fondamentali, come una nuova concezione di giustizia che muove dal superamento della relazione indefettibile tra reato e pena, per proporre un'interpretazione relazionale dell'illecito penale. In questo quadro il reato, che è innanzitutto un conflitto, deve essere gestito in prima persona dai protagonisti¹, allo scopo di sollecitare una riconciliazione tra l'autore del reato e chi lo ha subito e di ripararne le conseguenze.

In una prima fase, questa concezione si è affermata come un paradigma di giustizia del tutto nuovo ed alternativo rispetto a quello ufficiale. A partire dagli anni Novanta del Novecento, invece, almeno per quanto riguarda l'Europa, di fronte al tentativo del sistema legale di reagire alla crisi anche attraverso gli strumenti della giustizia informale, le concezioni più radicali sono state affiancate sempre più frequentemente da letture moderate ed aperte alla contaminazione dei modelli. Grazie all'apporto di varie scienze e di interpretazioni diverse della giu-

¹ Come analizzato nel primo capitolo, la giustizia riparativa si è affermata come reazione al fenomeno di "espropriazione" del conflitto penale da parte dello Stato; un fenomeno diffusosi in Occidente soprattutto con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese, quando "si costruiva il diritto penale egemonico che verrà riletto *ex post* in chiave di umanizzazione del punitivo" (R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 104).

stizia penale, che ne hanno arricchito di complessità i contenuti, la giustizia riparativa si è rivelata ricca di potenzialità nell'adattarsi, con opportune declinazioni, a contesti formalizzati.

Nel solco di questa seconda tendenza, e pensando ad un'evoluzione del sistema tradizionale, la capacità della *restorative justice* di rispondere ad alcune fondamentali esigenze della giustizia penale mi è sembrata determinante.

1.1. Esigenze ricomponibili nel quadro della giustizia riparativa

Nei modelli o negli istituti *riparativamente* orientati convivono “componenti vittimologiche, riabilitative e pacificatrici” che possono variamente contribuire allo sviluppo del sistema penale anche per “l'effetto deflattivo che ne consegue grazie alla depenalizzazione in concreto degli illeciti interessati”².

La prima esigenza da considerare è senza dubbio quella della valorizzazione della vittima, che costituisce un tema di grande attualità sia in ambito interno che internazionale, dopo il periodo di confinamento nell'oblio che ha caratterizzato il diritto penale moderno. È, questa, un'esigenza che spiega la stessa “riscoperta” della giustizia riparativa, il senso più profondo di questa concezione.

La crescente attenzione per un coinvolgimento diretto delle parti private nella ricerca di una soluzione concordata e per la riparazione a favore dell'offeso non si potrebbe spiegare, infatti, senza riconoscere il giusto peso ad un rinnovato interesse per la tutela della “vittima” del reato e per la sua partecipazione al procedimento penale, che è maturato in seno ad un intenso dibattito scientifico e che ha trovato una consacrazione ufficiale in alcuni atti delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa e, di recente, soprattutto dell'Unione europea, dove è stato posto l'accento su questo soggetto debole, “portatore di istanze autonome cui l'ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione”³.

² M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 26.

³ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889.

Deve ormai riconoscersi in capo allo Stato un vero e proprio dovere di occuparsi della vittima, troppo spesso abbandonata “al suo destino vittimario potenzialmente per sempre”⁴.

A tale riguardo, l’atteggiamento di particolare cautela sotteso alla recentissima ed articolata Direttiva UE 2012/29/UE, laddove richiede che gli Stati Membri facilitino il rinvio dei casi ai servizi di giustizia riparativa solo se sono nell’interesse della vittima, non deve essere sopravvalutato. Esso soprattutto non va letto come una smentita dei risultati raggiunti dagli istituti riparativi sul fronte della loro capacità di rispondere alle esigenze concrete delle vittime, stanche di giudizi “calati dall’alto” e bisognose di esprimersi e di confrontarsi con l’autore del fatto, negoziando un’eventuale riparazione in maniera più dettagliata e conforme ai propri bisogni⁵. Si tratta piuttosto di un richiamo forte al rigoroso rispetto delle garanzie e delle regole fondamentali di queste pratiche: prima fra tutte, quella del consenso “libero e informato”, raccolto dopo un’informazione approfondita sui procedimenti e sui loro esiti potenziali, nonché sulle modalità di controllo nell’esecuzione di un eventuale accordo (art. 12 Direttiva).

Dal lato dell’autore, la giustizia riparativa risponde con efficacia a primarie esigenze di responsabilizzazione del reo, che hanno un grande significato sul piano sanzionatorio. Ciò è emerso nel confronto condotto con le teorie della pena⁶.

In ambito criminologico il modello riparativo è stato a lungo contrapposto a quello retributivo ed a quello riabilitativo. Questa rigida separazione, però, non sembra più necessaria.

Riletta la retribuzione come auspicabile criterio regolatore, di delimitazione o di “misura” nella proporzionalità della pena, le teorie relative della prevenzione generale e speciale, soprattutto in prospettiva positiva, hanno consentito di guardare ai paradigmi riparativi in termini incoraggianti. Gli strumenti della *restorative justice* possono essere esaltati in chiave rieducativa e risocializzante perché son volti a promuovere un libero, critico e responsabile riconoscimento da parte del

⁴ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 12.

⁵ Cfr. Rapporto esplicativo della già citata Raccomandazione N. R (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa.

⁶ Cfr. *supra* le considerazioni svolte nel primo Capitolo, par. 2.2.

reo dei valori socialmente condivisi e delle regole di condotta precedentemente violate⁷. Contribuiscono, quindi, a rafforzare la generale credibilità del momento precettivo e la sua capacità di imporsi anche per ragioni autonome dall'applicazione di una pena, attribuendo al sistema una nuova legittimazione sotto il profilo della generalprevenzione positiva⁸.

Se valorizzati all'interno della giustizia tradizionale, gli strumenti riparativi che si esprimono in comportamenti positivi dell'autore volti ad elidere le conseguenze del reato a favore della vittima e che si fondano sul paradigma del consenso, auspicabilmente posti in essere all'esito di un vero e proprio processo riparativo con il coinvolgimento attivo della persona offesa, possono incidere profondamente sulla risposta al reato.

Per il miglior recupero sociale del reo, pur con le dovute cautele, tali strumenti dovrebbero favorire l'umanizzazione della pena tradizionale ed arricchire di contenuto i programmi di *probation* processuale che eccezionalmente l'ordinamento mette a punto in chiave deflattiva, come nel caso della messa alla prova⁹.

Se invece essi, ancorché positivamente sollecitati ma pur sempre all'esterno di un programma istituzionale di *probation*, si inseriscono nel-

⁷ Cfr. in questo senso S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345 e G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 122 s.

⁸ Per un approfondimento si rinvia a L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 829; ID., *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, cit., 129.

⁹ Sulla messa alla prova ci si è soffermati nel quarto capitolo, al paragrafo 5.1. Per quanto riguarda l'esecuzione della pena, che – come più volte chiarito – esorbita dall'oggetto della presente ricerca, incentrata sulle fasi che precedono la sua irrogazione, si richiamano le considerazioni svolte al paragrafo 5.4 del capitolo 4. Dall'attuazione della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta della riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103) si attende tuttavia una profonda valorizzazione di questa dimensione. Tra i criteri direttivi è stata inserita infatti la "previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative" (art. 85).

la fase che precede l'irrogazione della sanzione, possono, a determinate condizioni, già consentire di rinunciare alla pena, parzialmente o totalmente, a seconda della gravità del reato¹⁰. Se la rinuncia è totale, si può giustificare anche una rapida definizione del procedimento.

Gli strumenti della giustizia riparativa allora, in alcuni contesti, che coincidono con le forme di criminalità meno gravi, consentono di rispondere efficacemente anche alle fondamentali esigenze di deflazione processuale, senza dimenticare le altre esigenze.

Se l'obiettivo di pacificazione sociale, che discende dal componimento del conflitto ed è almeno perseguito dalla riparazione, ha un valore prioritario in sé e per i soggetti direttamente coinvolti, non si devono dimenticare gli effetti, indiretti, che la giustizia riparativa può produrre sul diverso piano della depenalizzazione in concreto: il tema della *restorative justice* è stato in grado di destare un rinnovato interesse, anche grazie alla capacità dei suoi strumenti di contribuire all'efficienza della giustizia senza andare contro i valori basilari del nostro sistema costituzionale¹¹.

Di fronte ad una sempre più diffusa consapevolezza che "l'ideale illuministico di un ordinamento giuridico (e dunque di un sistema repressivo) fatto di poche leggi" sia ormai del tutto "anacronistico"¹² e di

¹⁰ In chiave di parziale rinuncia alla pena o, più precisamente, di sensibile riduzione, cfr. la proposta di M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 13 ss. che ha ipotizzato una revisione sistematica delle cornici edittali ed una nuova regola di parte generale, il "delitto riparato". Sulla proposta di riforma che è stata delineata dall'Autore e che comunque non introduce una nuova ed ampia ipotesi di non punibilità, quanto innanzitutto un titolo autonomo di reato da collocare a fianco del delitto tentato, salve le ipotesi di non punibilità disseminate nel sistema ed eventualmente da ridefinire, ci si è lungamente soffermati nel capitolo 2.

¹¹ Basti ricordare come, con la Risoluzione Res(2002)12 del 18 settembre 2002, il Comitato dei Ministri abbia istituito la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) con lo scopo di migliorare l'efficienza ed il funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati Membri – così rafforzando la fiducia dei cittadini nella giustizia – e di consentire una miglior implementazione degli strumenti giuridici del Consiglio d'Europa in tema di efficienza e di equità della giustizia. Tra tali strumenti è indicata anche la Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale.

¹² F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 185.

fronte alla richiesta di una “ragionevole flessibilità”¹³ sul piano della pena (almeno quando possono essere soddisfatte per altra via le istanze cui essa dovrebbe rispondere) e su quello procedimentale (estendendo il principio di *extrema ratio* proprio nell’ambito del processo penale), alcuni istituti della giustizia riparativa possono offrire delle risposte concrete, capaci di affrontare nella sua complessità il conflitto che interessa le parti.

1.2. Dalla giustizia riparativa alla giustizia tradizionale: le garanzie per il reo e per la vittima

L’auspicabile innesto degli strumenti riparativi in seno alla giustizia tradizionale non è, tuttavia, privo di rischi e di difficoltà, che dovremo considerare nel delineare le prospettive di sviluppo del sistema.

Alcuni problemi si pongono in particolare sul fronte delle garanzie che, pur ripensate nell’ampiezza rispetto a quelle tradizionali¹⁴, devono presidiare i veri e propri processi riparativi che si innestano nella giustizia penale, soprattutto nei momenti di raccordo tra sistemi formali ed informali¹⁵.

Tra gli irrinunciabili principi generali del sistema penale, che trovano fondamento nella Costituzione, vi è la garanzia giurisdizionale. È una garanzia che appare a prima vista incompatibile con la *restorative justice*.

Non vi è tuttavia un unico modo di intenderla. Quando, come nel caso dell’attivazione della procedura riparativa per la definizione alternativa del conflitto, la garanzia giurisdizionale non può essere immediatamente finalizzata al giudizio, per la decisione sulla responsabilità e l’applicazione della pena, essa può essere comunque salvaguardata sullo sfondo, in via sussidiaria, “nell’ottica di assicurare l’effettività dei

¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 633.

¹⁴ Come evidenzia L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 26, “c’è qualcosa che non funziona quando si resta ancorati alle forme punitive *in sé* maggiormente lesive dei diritti individuali, cioè *meno garantistiche*, in nome delle procedure garantistiche che *dovrebbero* – invero con molte discriminazioni di carattere sociale – accompagnare la prassi applicativa”.

¹⁵ Cfr. *supra* cap. 3, par. 1.3.

diritti protetti dall'ordinamento"¹⁶. Questa salvaguardia non preclude il ricorso alla *restorative justice*, ma permette alle parti di intraprendere un percorso riconciliativo, con la sicurezza di poter sempre rivolgersi ad un giudice, nel caso in cui l'accordo non venga raggiunto o nel caso in cui non sia comunque sufficiente per definire il procedimento penale.

Un altro principio da rispettare, insieme ai fondamenti del giusto processo, e che interessa più da vicino l'autore di reato, è quello della presunzione di non colpevolezza.

Il principio, da un lato, impone di garantire all'accusato che, in ipotesi di esito negativo del programma riparativo, non subisca effetti sfavorevoli dalla sua partecipazione e, dall'altro, secondo diverse letture¹⁷, impone che per darvi corso vi sia un preliminare riconoscimento dei fatti principali ("basic facts of a case") della questione da parte dell'autore del fatto, come si può leggere nelle linee guida sovranazionali.

I corollari di questo principio possono allora apparire contraddittori ed è necessario cercare una soluzione adatta per ricomporre il contrasto e rispettarli contemporaneamente.

Con riferimento più specifico a quanto avviene nel corso del programma riparativo – e ancora una volta sulla base di quanto è stato rilevato nelle fonti sovranazionali –, invece, è necessario che l'ordinamento assicuri che tali percorsi non finiscano per legittimare meccanismi "di accettazione forzata delle prevaricazioni messe in atto dalle parti forti"¹⁸.

È una questione che interessa da vicino non esclusivamente, ma soprattutto, la vittima, la quale deve poter accedere in sicurezza ai servizi di giustizia riparativa. Allo stesso tempo la persona offesa deve poter sedersi davanti all'autore del reato (o, più precisamente, presunto autore

¹⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 80 s.

¹⁷ Cfr. sul punto C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 206.

¹⁸ M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., 112. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 661.

del reato)¹⁹ superando il timore di essere solo strumentalizzata per le sue esigenze riabilitativo-trattamentali.

È necessario allora ribadire un concetto. La prima risposta a questi rischi ed a queste difficoltà si trova nella regola d'oro del consenso delle parti.

Il consenso delle parti, inteso come libera adesione alla procedura riparativa, espressa a seguito di un'informazione adeguata, rappresenta la stella polare della *restorative justice*. Esso, infatti, è capace di contribuire a rispondere efficacemente alla maggior parte delle questioni emerse sul fronte delle garanzie²⁰.

Non vi è dubbio che la scelta dell'autore di partecipare ad un programma innestato in un procedimento penale possa essere profondamente condizionata dalla minaccia implicita rappresentata dalla pena e che quindi non sia "totalmente spontanea" ed è plausibile che la vittima possa richiedere tempo e valide argomentazioni da parte dei professionisti coinvolti nei colloqui preliminari prima di accettare, ma è indispensabile garantire che il processo formativo del consenso non sia viziato da forme di pressione psicologica e che la libera volontà delle parti di parteciparvi permanga nel corso dell'intero percorso riparativo, dalla prima alla seconda delle interfacce con il sistema penale²¹.

1.3. Risultati da valorizzare in chiave prospettica

Veniamo infine a considerare i singoli istituti su cui ci siamo soffermati.

Non è sempre facile capire quanto essi siano coerenti con la dimensione della giustizia riparativa, viste le molteplici difficoltà incontrate

¹⁹ Visto che questa ricerca si incentra sulla giustizia riparativa nelle fasi che precedono l'irrogazione della pena.

²⁰ Cfr. in questa prospettiva il lavoro di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 257 ss. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 124, si sofferma in particolare sulla rinuncia alla garanzia giurisdizionale, mentre D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 426 ss., si sofferma, criticamente, sulla presunzione di non colpevolezza.

²¹ Cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 199 per l'approfondimento di questo profilo.

nella ricerca di una definizione condivisa. Se, solo a titolo di esempio, si sceglie, fra le nozioni proposte, quella che pone l'accento con priorità sulla dimensione dell'"incontro" o, invece, quella che valorizza la "riparazione", si finisce inevitabilmente per includere od escludere dall'analisi determinati istituti.

Nella sezione definitoria del presente lavoro ho preferito non esaltare il dibattito, talvolta sterile, che ancora sta contrapponendo alcuni "puristi" della *restorative justice*, per evitare di irrigidire le differenze ed individuare invece le istanze-chiave che rappresentano "un ideale luogo di convergenza" delle varie prospettive e che consentono di cogliere alcuni tratti riparativi dei diversi strumenti²².

Solo riprendendo tuttavia la distinzione, che considero imprescindibile, tra "processo riparativo" ed "esito riparativo", introdotta dalla Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente "i principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale" (ECOSOC Resolution 2002/12), si può riflettere con precisione sugli istituti che caratterizzano i due momenti fondamentali di un intero "programma riparativo".

Anche sulla scorta dei dati raccolti nel continente europeo²³ limiteremo le considerazioni conclusive alla mediazione penale ed alla riparazione spontanea: una riparazione, quest'ultima, che deve essere intesa in senso ampio e distinta dal risarcimento del danno²⁴.

La mediazione penale è il tipico esempio di "processo riparativo": uno dei più caratteristici della *restorative justice*. Nonostante gli acerbi sforzi di apertura a nuove espressioni della giustizia riparativa, testimoniati, almeno sulla carta, dalla Direttiva europea del 2012, il *conferencing* ed il *circle* rimangono infatti dei processi riparativi sperimentati limitatamente e soprattutto oltreoceano. Il processo mediativo rappresenta quindi una sorta di prototipo, che, naturalmente, come per gli altri

²² Sul punto cfr. ampiamente capitolo 2, par. 1.1 del presente lavoro.

²³ Cfr. *supra* cap. 3, par. 2.

²⁴ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151, evidenzia come spesso si parli addirittura di "riparazione-mediazione", come entità congiunte da un "trattino".

processi, lascia aperto “il problema di come tradurre l’esito positivo della mediazione nella pronuncia del giudice sulla risposta al reato”²⁵.

La riparazione, da ricondurre più precisamente alla nozione di “esito riparativo”²⁶, riveste allora un ruolo importante in chiave diversiva, soprattutto in ordinamenti ispirati al principio di obbligatorietà dell’azione penale, eventualmente temperata²⁷. È il segno tangibile della responsabilizzazione del reo, che ha grande rilevanza nella prospettiva della non punibilità.

Se, infatti, le riflessioni sulla giustizia riparativa esprimono in generale un marcato favore per l’arretramento della sanzione penale intesa in termini tradizionali unitamente alla valorizzazione del momento conciliativo e dell’esito riparativo in senso ampio (anche come serio sforzo a ciò indirizzato), le conseguenze di questo favore e di questa valorizzazione nell’ambito penalistico dipendono dalle peculiarità dei singoli sistemi giuridici.

Grazie alle condotte riparatorie e, più precisamente, al significato che esse possono assumere sul piano delle finalità della pena²⁸, al termine di un percorso riparativo, la sanzione e, prima ancora, lo stesso processo penale possono rivelarsi non più necessari, anche in contesti ancorati al principio di legalità processuale e che quindi di regola fanno più fatica a tradurre processualmente l’esito positivo della mediazione.

²⁵ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 665.

²⁶ È questa la via attraverso la quale la riparazione (e, non, si badi bene, il mero risarcimento) può essere ricondotta al quadro concettuale della *restorative justice*, anche se, nella stessa Direttiva 2012/29/UE, si tende a far coincidere impropriamente la nozione di giustizia riparativa con quella di processo riparativo. Cfr. sul punto D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 666, che esclude il risarcimento e/o la riparazione dal quadro concettuale della RJ.

²⁷ L’unica eccezione emersa dalla ricerca, allo stato attuale, è quella della Spagna, dove però l’attenzione rivolta al tema della riparazione è molto elevata.

²⁸ Come è stato evidenziato nel mondo tedesco, soprattutto a partire dagli anni Ottanta. Cfr., in particolare, il progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*), che fu elaborato da un gruppo di professori tedeschi nel 1992, esaminato nel secondo capitolo, in seno al quale la condotta riparatoria, valorizzata come strumento di restaurazione della “pace giuridica” e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena (*Absehen von Strafe*, § 4 *AE-WGM*).

L'indagine condotta sull'ordinamento italiano²⁹ ha avuto ad oggetto alcuni istituti, di recente introduzione, che possono rappresentare efficaci canali di ingresso di momenti riparativi *de iure condito* o *de iure condendo*, ma si è soprattutto incentrata su di un modello estremamente significativo in questa prospettiva: il microsistema del giudice di pace delineato dal d.lgs. 274/2000, la cui dichiarata vocazione sperimentale si spiega con la volontà del legislatore della riforma di non costringere per sempre la giustizia riparativa esclusivamente entro gli angusti confini di tale rito.

In Italia, almeno per quanto riguarda la giustizia penale degli adulti, solo in questo contesto è possibile affermare che il fine del giudice, e quindi del processo, è prioritariamente quello di favorire la composizione del conflitto e che, per tale scopo, “interlocutore diretto dell’ autore del reato” deve essere innanzitutto “la vittima-persona offesa”. Non si può infatti raggiungere la conciliazione tra le parti e la pacificazione sociale senza dialogo tra i protagonisti della vicenda penale, da intendersi “come condizione di relazione soggettiva di offensore e offeso, al fine di comporre il conflitto generato dal reato, e non, quindi, nell’accezione *ordinaria* di metodo oggettivo di accertamento dei fatti”³⁰.

La mediazione penale, purtroppo, non è stata indicata con decisione dal legislatore del 2000 come modalità privilegiata per il raggiungimento della finalità conciliativa – e in questo aspetto si coglie il punto di maggior debolezza del modello – ma è stata comunque riconosciuta ufficialmente per la prima volta nell’ambito della giustizia penale italiana, insieme ad altre modalità di definizione del procedimento del tutto originali che ricomprendono proprio l’estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. Solo nel 2014 la mediazione penale ha ricevuto una consacrazione normativa nel sistema generale, con la sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, ma non è mai stata organicamente disciplinata. Nel 2017, invece, come vedremo, una nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie è stata introdotta nel codice penale (art. 162-ter c.p.), con caratteristiche che tuttavia appaiono ben poco riparative.

²⁹ L’analisi è oggetto del capitolo quarto del presente volume.

³⁰ D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa*, cit., 486 s.

Le possibili linee di sviluppo della *restorative justice* nel nostro ordinamento verranno illustrate nei prossimi paragrafi proprio a partire dal modello del giudice di pace, e quindi più nel dettaglio valorizzando soprattutto la mediazione penale e le condotte riparatorie, quali istituti che meritano di essere potenziati e meglio disciplinati nel sistema penale generale. Da questi istituti è necessario ripartire per lo sviluppo di una giustizia penale “più riparativa”.

2. Il sistema del giudice di pace come modello riparativamente orientato: possibili linee di sviluppo

Per poter essere concretamente sperimentata nel sistema penale degli adulti, la giustizia riparativa ha avuto bisogno in Italia di un primo “atto di riconoscimento”³¹: il d.lgs. 274/2000, una riforma che ha elaborato un modello sperimentale complesso.

Tale modello ha recentemente subito un piccolo ridimensionamento applicativo a seguito degli interventi di decriminalizzazione e di depenalizzazione operati dal legislatore nel 2016, mentre meriterebbe invece di essere rafforzato.

2.1. Ipotesi di riforma per una più coerente determinazione della competenza della giurisdizione di pace

I reati di competenza del giudice onorario sono stati prioritariamente individuati tra fattispecie perseguibili a querela, di scarsa gravità, connotate “in termini di microconflittualità interindividuale, le quali alterano l’equilibrio necessario per la stabilità sociale”³².

Vista la portata innovativa del laboratorio, da impiantare con cautela, il legislatore aveva tracciato nella delega uno sbarramento molto selettivo in merito alla competenza.

Si ritiene che oggi si possa coerentemente andare oltre. Esistono infatti altre espressioni di quella microconflittualità insidiosa alla quale

³¹ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 13.

³² D. CHINNICI, *Paradigma mediatico come alternativa*, cit., 493.

guardava il legislatore del 2000, nel delineare la competenza del giudice di pace, microconflittualità che, se non deve essere curata drasticamente, “richiede però un’attenzione pronta e sollecita; come le piccole ferite che occorre disinfettare tempestivamente per scongiurare il rischio di infezioni”³³.

Le proposte già formulate dalla dottrina sono diverse.

L’elenco di cui all’art. 4 d.lgs. 274/2000 può essere ampliato mediante alcuni reati perseguibili a querela di parte, come la rissa, il furto e l’insolvenza fraudolenta, o anche perseguibili d’ufficio, come alcune ipotesi di furto aggravato (furto con destrezza nei supermercati)³⁴. In termini non troppo distanti, si è auspicato un ampliamento della competenza al furto non aggravato, all’insolvenza fraudolenta e all’appropriazione indebita e, più in generale, a tutte le ipotesi di reati contro il patrimonio in cui ricorrano le circostanze elencate nell’art. 649 c. 2 c.p., nonché ai reati di cui all’art. 392 c.p. (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose) e, con una scelta più ardita, all’art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare), in ipotesi di procedibilità a querela³⁵.

Tali proposte sono tutte interessanti: sarebbe più che opportuno che il legislatore – anche per la materia penale, come ha fatto recentemente per quella civile nell’ambito della legge delega n. 57/2016 per la riforma della magistratura onoraria – manifestasse con chiarezza la sua volontà di scommettere sulla giurisdizione di pace, quale giustizia qualitativamente diversa, senza cadere nella tentazione di affidare al magistrato onorario solo bagatelle o, come è già avvenuto, reati che sono del tutto incoerenti con il modello e distanti dai principi ispiratori della giurisdizione di pace. Il giudice di pace è stato troppo spesso caricato di

³³ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII.

³⁴ Cfr. sulla stessa linea la proposta di M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 104 e di A. MANNA, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 23, con riferimento ai furti aggravati (come quelli nei grandi magazzini).

³⁵ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 116.

nuove competenze per mere ragioni di alleviamento del carico di lavoro della magistratura togata³⁶.

Non condivisibile appare invece l'invito, più generico, ad un allargamento delle maglie della competenza di questo giudice a tutti i reati procedibili a querela³⁷. Con tale proposta si sottovalutano i riflessi della riforma sul piano sanzionatorio – con il venir meno della pena detentiva per tutti questi reati – e soprattutto la complessità delle problematiche di accertamento poste da alcuni di questi illeciti: basti pensare alle lesioni colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Il legislatore della delega, nel 1999, aveva chiesto al Governo di selezionare, ancorché nella legislazione complementare, solo reati per i quali non sussistessero “particolari difficoltà interpretative” o non ricorresse, di regola, “la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto” (art. 15 legge 468/1999).

Un eventuale ampliamento della competenza del giudice di pace in materia penale non deve infatti sottovalutare un dato importante, che non riguarda tanto il modello quanto i soggetti chiamati ad applicarlo. Nonostante siano decorsi molti anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 274/2000 e siano stati fatti molti sforzi – soprattutto su base locale – per investire sulla formazione e sulla professionalità della magistratura onoraria, non sono venute meno tutte le perplessità sulla tenuta del sistema espresse nella fase immediatamente successiva alla riforma. Con sguardo severo, si poneva allora l'attenzione sulla novità rappresentata dalla figura di un giudice non togato chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità penale, precisando che

se l'impalcatura delle garanzie di professionalità formale non offre, di per sé sola, nessuna garanzia effettiva di attenzione, di equilibrio, di ra-

³⁶ Sul punto cfr. le lucide considerazioni di D. BRUNELLI, *L'attività del giudice di pace nell'ambito penale: peculiarità e linee evolutive*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Il giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2017, 63 ss., che sottolinea come sarebbe stato necessario rimettere alla competenza del giudice di pace una materia adeguata e coerente rispetto al compito conciliativo al quale è chiamato.

³⁷ L'invito è stato formulato da L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite*, cit., 267.

gionevolezza, nemmeno il suo difetto l'assicura: il rischio del giudice non professionale è pur sempre il diletterantismo e l'improvvisazione estemporanea³⁸.

La riforma della magistratura onoraria delineata dalla legge n. 57/2016, infatti, può solo alimentare ulteriori motivi di preoccupazione in tal senso³⁹. Dalla lettura della norma di attuazione appare chiaro che il nuovo giudice onorario di pace vedrà limitato il proprio impegno settimanale a due soli giorni e ridotto sensibilmente il proprio compenso, con tutto ciò che ne può conseguire sul fronte delle energie che vorrà e potrà investire nello svolgimento della funzione giurisdizionale. Un cambiamento di rotta su questo profilo appare imprescindibile.

2.2. Sull'opportunità di apportare delle modifiche alla disciplina degli istituti riparativi del d.lgs. 274/2000

Gli istituti riparativi più caratteristici del microsistema delineato dal d.lgs. 274/2000 coincidono con quelli che verranno analizzati singolarmente riflettendo sul sistema generale. Tuttavia pensando al possibile sviluppo del modello si impongono già alcune considerazioni sugli istituti.

La previsione per la quale è il giudice di pace in persona a doversi attivare con convinzione per favorire una composizione del conflitto, non può essere condivisa senza remore.

Un reale confronto tra le parti non può non essere intaccato nella sua autenticità proprio dalla commistione di due ruoli (il giudice ed il mediatore/conciliatore), profondamenti diversi tra loro, in capo all'organo giudicante, che finirà per essere necessariamente condizionato, in un

³⁸ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVIII. A conferma di ciò, basti ricordare gli interventi normativi che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 274/2000, hanno inciso sul suo originario assetto, riducendo l'ampiezza della competenza penale del giudice di pace.

³⁹ Cfr. le osservazioni di L. PICOTTI, *Introduzione*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Il giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria*, cit., 89 ss.

eventuale successivo giudizio, da quanto emerso in sede di conciliazione⁴⁰.

La previsione è del tutto inedita nel panorama europeo sopra illustrato e in contrasto con le fonti sovranazionali⁴¹, dalle quali emerge come l'alterità tra il facilitatore o terzo imparziale che deve gestire la procedura e l'autorità giudiziaria costituisca una sorta di presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo⁴².

Sarebbe stato sufficiente prevedere in termini di doverosità, e non di mera possibilità ("ove occorra"), il ricorso ai centri di mediazione ed un conseguente obbligo di riferire all'autorità unicamente sull'esito finale della mediazione, per eliminare a monte ogni sospetto di pregiudizio derivante al giudice dalla conoscenza del contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti.

L'esistenza sul territorio nazionale di un apparato di strutture inadeguato ha tuttavia indotto il legislatore ad optare per la formulazione attuale ed a mantenerla inalterata⁴³.

È pur vero che i reati di competenza del giudice di pace sono generalmente lievi, e come tali possono far sorgere dubbi sull'opportunità di investire energie, anche economiche, nella creazione di centri di mediazione, ma si dimentica che i benefici delle procedure riparative si misurano innanzitutto sul "piano della *stabilità* della ricomposizione e ricostituzione di validi rapporti sociali ed interpersonali fra le parti"⁴⁴ e che – dopo alcune riforme che hanno investito il sistema generale – le agenzie di mediazione potrebbero operare già oggi in campi diversificati, da quello minorile a quello degli adulti, almeno per la messa alla prova, anche fuori dagli angusti limiti di questa competenza.

⁴⁰ Cfr., sul punto, anche L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, 637 ss.

⁴¹ Tutti questi profili sono stati esaminati nel terzo capitolo del volume.

⁴² In tal senso: G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 180 s.

⁴³ Si condivide sul punto quanto affermato da V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 369.

⁴⁴ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa*, cit., 142.

Quanto ai momenti entro i quali la mediazione penale può trovare spazio nel procedimento di pace, basti ricordare che l'avvenuto inserimento della funzione di conciliazione tra i principi generali della riforma del 2000 ha amplificato, anche sul piano temporale, le potenzialità dell'istituto, che rappresenta lo strumento più importante per raggiungere la composizione del conflitto.

Una volta che si riuscissero a risolvere i problemi organizzativi legati all'assenza di centri o servizi di giustizia riparativa, però, l'introduzione di un riferimento espresso, nell'art. 2 d.lgs. 274/2000⁴⁵, alla mediazione penale sarebbe auspicabile, anche per rendere più chiara la possibilità che essa venga valorizzata per favorire la definizione del procedimento secondo le ulteriori modalità alternative conosciute dal sistema. Si dovrebbe poi estendere l'impegno a promuovere la composizione del conflitto anche alle altre autorità coinvolte nel procedimento (pubblico ministero, polizia giudiziaria).

Quanto all'art. 35 d.lgs. 274/2000, abbiamo lungamente riflettuto sull'assoluta peculiarità dell'istituto, che rappresenta una deroga importante alla tendenza, affermata nell'ambito del diritto moderno, di escludere la riparazione dalle conseguenze penali del reato e di circoscriverne l'impiego al contesto civilistico, in termini restrittivi.

È importante ricordare i problemi che sono sorti nel microsistema in merito al suo ambito applicativo. Alcune pronunce della Cassazione, in tema di guida in stato di ebbrezza, sembrano aver risolto i maggiori dubbi ed è auspicabile che – proprio tenendo conto delle concrete modalità riparative richieste dalla norma – si consolidi un orientamento uniforme, volto di fatto a limitare ai delitti contenuti nel codice le fattispecie penali estinguibili *ex art. 35 d.lgs. 274/2000*. Solo in questo modo si potrebbe evitare di introdurre una precisazione per via legislativa.

In relazione ai presupposti applicativi, invece, non sono emerse questioni problematiche così gravi da non poter essere risolte sul piano interpretativo. Come abbiamo visto, pur in presenza di iniziali incertezze,

⁴⁵ Si potrebbe pensare di inserire il riferimento alla mediazione penale all'art. 2 c. 2 d.lgs. 274/2000 aggiungendo la precisazione “anche attraverso il ricorso alla mediazione penale”, dopo la frase “nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti”.

grazie alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2015⁴⁶, non è stato neppure necessario attendere un correttivo normativo costituzionalmente orientato, perché ci si potesse accontentare di una riparazione parziale, nelle ipotesi in cui l'integralità del risarcimento non fosse conseguibile, nonostante lo sforzo profuso, a causa delle condizioni disagiate dell'autore del reato.

Il giudizio di equivalenza sanzionatoria – non richiesto oggi espressamente dal corrispondente istituto dell'ordinamento tedesco, ma presente nel progetto di riforma *AE-WGM* elaborato nel 1992, con la particolare formulazione “sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull'autore o sulla collettività” – è stato fondamentale per l'intervento chiarificatore della Cassazione sulla *ratio* e sulle finalità di questa causa estintiva del reato e consente di escludere le applicazioni meccaniche dell'istituto, individualizzando il giudizio. In prospettiva di sviluppo del sistema di pace sarebbe preferibile però mantenere unicamente il riferimento alle esigenze di prevenzione, da intendersi come “speciale”, e la rimozione del concetto di “riprovazione”, dal possibile significato “etico-morale”⁴⁷, poco coerente con “il contesto teleologico nel quale si muovono le complessive opzioni sanzionatorie del d.lgs. 274/2000”⁴⁸.

Un cenno infine all'istituto delineato dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, che sembra aver definitivamente superato il rischio di essere relegato ad un ruolo del tutto marginale a seguito della recente riforma introdotta con il d.lgs. 28/2015⁴⁹, che ha arricchito il codice penale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). La centralità del momento conciliativo spiega il peculiare ruolo riconosciuto all'offeso nella dinamica applicativa di tale modalità di definizione del procedimento, dimostrato in particolare dal potere di veto esercitabile dalla vittima nella fase dibattimentale. Si ritiene tuttavia che la formulazione adottata per il microsistema nella fase delle indagini, che si limita a richiedere al giudice la valutazione dell'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, rappresenti un compromes-

⁴⁶ Cfr. *supra* par. 3.5.2 del quarto capitolo.

⁴⁷ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 123. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 73.

⁴⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723.

⁴⁹ Cfr. par. 5.2 del quarto capitolo.

so adeguato tra le diverse esigenze in gioco, da esportare anche nel sistema generale. Non risultano di certo obliterate le ragioni della vittima, che nel microsistema del giudice di pace indubbiamente riveste un ruolo peculiare, ma che dovrebbe sempre vedersi riconosciuta un'attenzione vigile ed un'ampia tutela, grazie all'influsso esercitato dalle fonti sovranazionali.

3. Il contributo al diritto punitivo tradizionale di un modello riparativamente orientato. Prospettive di sviluppo di alcuni istituti riparativi nel sistema penale generale

3.1. Giustizia penale punitiva e riparativa in rapporto di complementarietà

Per un possibile sviluppo del diritto penale tradizionale mi sembrano fondamentali le soluzioni che più caratterizzano il modello del giudice di pace in prospettiva riparativa, riadattate ed eventualmente raccordate fra loro⁵⁰.

Nella prospettiva qui condivisa, giustizia riparativa e diritto punitivo tradizionale sono destinati ad integrarsi, contribuendo entrambi a costituire l'“arsenale di risposte dell'ordinamento a un ipotizzato illecito penale”⁵¹.

Non sembra proprio “possibile separare giustizia riparativa e diritto penale, privando la prima del suo *essere in relazione* con la possibilità di ricorrere alla “spada” brandita dal secondo, a garanzia ultima della tutela dei beni giuridici”. In qualche modo, si assiste ad un paradosso: la giustizia riparativa in prima battuta rinuncia alla *vis* coercitiva del processo e alla durezza della pena come ritorsione, ma “mutua la pro-

⁵⁰ Come ricordato, un tanto era auspicato anche dalla Relazione al d.lgs. 274/2000, cit., I.1, dove si affermava che le soluzioni innovative sarebbero state “susceptibili di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la [...] positiva “sperimentazione” sul campo della prassi”. Ci riferiamo, naturalmente, alla mediazione ed alla disciplina delle condotte riparatorie come causa di estinzione del reato.

⁵¹ G. DARAIO, *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, cit., 359.

pria capacità di essere applicata in modo da promuovere e garantire una egual tutela delle parti dall'esistenza del diritto penale e perciò, in definitiva, dalla violenza fondatrice di quest'ultimo"⁵².

La giustizia "tradizionale" mantiene quei caratteri di civiltà che sono espressione dell'Illuminismo, in quanto ci garantisce che un diritto individuale soggettivo possa ricevere protezione indipendentemente dal potere delle parti coinvolte nel conflitto e ci ricorda che ci sono dei valori non negoziabili, la cui protezione passa dal riconoscimento del diritto di adire una Corte. Per questo è fondamentale che la giustizia riparativa entri in "rapporto dialettico" con il sistema giuridico.

L'accreditamento dei valori e la stabilizzazione sociale sono il presupposto del paradigma riparativo, ma questi valori e questi legami devono essere consolidati con uno strumento che non agisca soltanto a conflitto aperto, come fa la riparazione, ma *ex ante*. E questo è "il ruolo, pertanto irrinunciabile, della giustizia punitiva, del complesso edificio costruito mediante i mattoni dei precetti penali e il cemento della minaccia sanzionatoria"⁵³.

Se ci riferiamo più nello specifico alla mediazione, e di fatto alla maggior parte dei processi riparativi svolti prima che per quel fatto di reato sia intervenuta una condanna, si debbono considerare imprescindibili almeno due legami con il sistema penale: la definizione penalistica del conflitto, a monte, e la disciplina degli effetti della procedura mediativa sulla definizione del procedimento, a valle⁵⁴.

Quanto al primo legame, c'è chi ha sostenuto la necessità di aprire le porte ad "una nuova idea di tipicità"⁵⁵, che dovrebbe portare il legislatore a non descrivere nella fattispecie una particolare modalità di lesione dell'interesse protetto, quanto invece a tratteggiare dei "quadri di vita",

⁵² G. MANNOZZI, *La "visione" di Raffaello*, cit., 235, con la quale si condividono anche le osservazioni svolte nel prossimo capoverso.

⁵³ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 74.

⁵⁴ Cfr. ampiamente sul punto G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 401.

⁵⁵ M. PAPA, *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 29.

delineando “le ipotesi in cui il conflitto intersoggettivo supera alcune soglie di tollerabilità”⁵⁶.

La proposta non può essere condivisa, perché finisce per indebolire il sistema penale attaccando uno dei suoi pilastri fondamentali: il principio di legalità. Basti ricordare che “un fatto penale mediabile è pur sempre un reato” e che comunque la mediazione “non preclude affatto che si giunga all’applicazione della pena”⁵⁷. La mediazione, infatti, può sempre fallire, oppure, se non fallisce, si possono sempre verificare dei casi in cui una delle parti violi l’accordo raggiunto in prima battuta⁵⁸.

La giustizia riparativa si riferisce ad un conflitto più ampio di quello espresso dal disvalore penalistico, ma il punto di partenza di una pur più complessa riflessione deve rimanere quest’ultimo, per evitare derive di privatizzazione delle controversie⁵⁹.

È tuttavia soprattutto il secondo legame con il sistema penale ad assumere un’importanza fondamentale per il discorso che stiamo conducendo.

Sulla scorta delle indicazioni che provengono dalle fonti sovranazionali⁶⁰, alla luce delle caratteristiche del nostro sistema processuale che è improntato al principio di legalità formale⁶¹, è indispensabile che il giurista si soffermi con attenzione a valutare i possibili riflessi di un programma riparativo sul procedimento penale. Lo sguardo deve rivolgersi agli strumenti che possono apparire adeguati, in determinati casi,

⁵⁶ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 96 s.

⁵⁷ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 79 ss. Cfr. anche C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 119.

⁵⁸ M. MENNA, *Mediazione con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 599 si sofferma in particolare su questo profilo.

⁵⁹ Si condividono sul punto i timori espressi da R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 107.

⁶⁰ Basti considerare il § 15 delle “Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale”, adottate nel 2007 dal CEPEJ, dove si richiede che il legislatore e l’autorità giudiziaria siano invitati ad identificare le possibili ricadute sui procedimenti penali della mediazione e degli accordi stipulati.

⁶¹ A differenza di quelli in cui la giustizia riparativa ha iniziato ad affermarsi: gli ordinamenti appartenenti al mondo di *common law* o l’ordinamento francese.

per contrastare la regola in forza della quale il processo, se il reato sussiste, deve iniziarsi e concludersi, con eventuale applicazione della sanzione, “sia che vittima e reo si siano riconciliati, sia che siano rimasti estranei l’una all’altro”⁶².

La riparazione può costituire un surrogato della pena, soprattutto quando sia finalizzata ad una vera e propria riconciliazione tra autore e vittima⁶³, ed evitare la celebrazione del processo.

Nella prospettiva dell’esonazione da pena, l’esperienza maturata per molti anni in seno al microsistema di pace con l’art. 35 d.lgs. 274/2000, o nel mondo tedesco con il § 46a StGB, può essere indubbiamente d’aiuto, ma il tema è assai delicato. L’obiettivo perseguito per tale via è quello di una legittima rinuncia alla punizione e, prima ancora – ancorché in via derivata – al procedimento⁶⁴; tuttavia è necessario che il sistema conservi una sua coerenza e consideri attentamente i criteri di valore riconducibili alle funzioni proprie della pena, evitando che, per mere ragioni deflattive, le rinunce appaiano come ingiustificate forme di clemenza, con effetti criminogeni.

Così, se, come è auspicabile, si decidesse con coraggio di estendere l’applicazione dei processi riparativi, come la mediazione penale, a reati gravi, tali strumenti potrebbero essere chiamati ad assumere una funzione unicamente integrativa rispetto al normale *iter* processuale, per rispondere innanzitutto, con molteplici effetti benefici, ai bisogni di confronto, riconoscimento, ascolto della vittima e del reo. Anche nell’ipotesi in cui, all’esito del percorso riparativo, la vittima potesse dirsi pacificata o comunque l’autore avesse posto in essere attività riparatorie serie e concrete, sarebbero soprattutto esigenze di prevenzione generale ad imporre comunque l’applicazione di una sanzione e gli effetti concreti di un’attività mediativa con esito positivo e/o di eventuali condotte riparatorie si potrebbero riverberare solo sul *quantum* della pena o, in prospettiva *de iure condendo*, sul tipo e sul contenuto della pena, per

⁶² F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 193.

⁶³ In questi termini cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 108.

⁶⁴ Proprio perché non avrebbe senso, in chiave deflattiva, celebrare un intero processo per poi rinunciare alla pena.

umanizzarla⁶⁵. Come è stato evidenziato con espresso riferimento al tema della riparazione⁶⁶, è difficile ritenere che in presenza di reati gravi le condotte riparatorie siano in grado di assolvere autonomamente alle funzioni della pena, rendendola non più necessaria, perché per tale via è venuta meno la ragion d'essere della punizione.

Rispondere ai bisogni soggettivi del reo e della vittima in una prospettiva di pacificazione non rappresenta certo un obiettivo secondario, essendo pienamente condivisibile l'opinione di chi sottolinea che il ricorso alla *restorative justice* non deve essere motivato in via prioritaria da esigenze di economia processuale⁶⁷. Le differenze sul piano degli effetti processuali e punitivi di un determinato percorso si devono tuttavia considerare attentamente, quando, di fronte ad un reato, ci si propone anche di riflettere sulle potenzialità degli strumenti riparativi nel definire il conflitto in modo alternativo rispetto allo svolgimento del processo penale ed all'irrogazione della sanzione. Quando ci si chiede se la giustizia riparativa può esitare processualmente in una forma di "depenalizzazione in concreto" del reato, che riconosca e faccia propria la soluzione trovata, se non addirittura sollecitata, all'esterno del meccanismo punitivo classico.

Così, pur con l'auspicio che le parti possano accedere con larghezza alle procedure riparative, soprattutto in settori particolari – ove esse appaiono importanti in prospettiva pacificatoria – un'attenzione privilegiata verrà riservata a quegli ambiti entro i quali alcuni istituti riparativi possono contribuire a risolvere dei microconflitti troppo spesso negletti, e, allo stesso tempo, possono portare ad escludere la sanzione e a definire anticipatamente il processo penale. I microconflitti, infatti, tendono

⁶⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 350. Cfr. anche M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, cit., 752 e S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., 146 s.

⁶⁶ Come precisa C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, indubbiamente, per i reati più gravi, non ci potrà essere spazio per una rinuncia alla pena, ma la riparazione potrà comunque rivelarsi utile per la vittima, giustificando un'attenuazione della sanzione penale medesima.

⁶⁷ Cfr., sul punto, G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, cit., 138.

ad essere sacrificati sull'altare dell'efficienza penale, con eccessiva leggerezza.

Importante sotto moltissimi aspetti, ma solo complementare a questa prospettiva, è da considerarsi allora la proposta della dottrina di introdurre una nuova regola di parte generale, il “delitto riparato”, da collocare a fianco del delitto tentato, con una cornice edittale fortemente ridotta rispetto a quella attuale, che sappia tener conto della riparazione e del risarcimento eventualmente intervenuti, ma che non esclude l'applicazione della pena⁶⁸. In termini più circoscritti, si dovrebbe comunque pensare di riformare tempestivamente l'attenuante comune del risarcimento, già nota al nostro ordinamento, ma che si potrebbe ridefinire negli effetti e nei presupposti, fino a comprendere più chiaramente – in alternativa al risarcimento – i casi di ricomposizione del conflitto già avvenuta, o almeno già seriamente tentata dal reo⁶⁹.

Dopo le riflessioni che dedicheremo al processo mediativo, ci occuperemo delle caratteristiche che dovrebbe avere una norma generale che escluda la “punibilità” in presenza di condotte riparatorie, assai importante per orientare l'evoluzione del nostro sistema nella direzione di una giustizia più riparativa e, in qualche misura, anche per correggere le possibili disfunzioni di un tale orientamento. Dovremo chiederci, in particolare, se l'art. 162-ter c.p. (causa di estinzione del reato per condotte riparatorie), introdotto nel codice penale solo nel 2017, rappresenti una risposta adeguata a queste esigenze.

Quanto invece alla particolare tenuità del fatto, che consideriamo uno strumento fondamentale per l'adeguato sviluppo della giustizia penale, non ripeteremo quanto già espresso analizzando gli istituti introdotti nel microsistema e in quello generale⁷⁰, ribadendo unicamente

⁶⁸ M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 11 ss. Anche l'Autore ipotizza sullo sfondo una più difficilmente attuabile (almeno nell'attuale contesto politico istituzionale) ridefinizione delle cornici edittali di tutti i reati orientata a misurare la gravità del conflitto più che il disvalore del bene protetto, con l'introduzione di nuove ipotesi di non punibilità in caso di conflitto del tutto estinto. In termini critici sulla proposta cfr. D. PULITANO, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 654 ss.

⁶⁹ In generale, sull'importanza della riparazione in chiave commisurativa, per orientare la qualità e la quantità della pena cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 139.

⁷⁰ Le riflessioni a riguardo sono contenute nel quarto capitolo del presente volume.

che, se appare decisamente opportuna la scelta di svincolarne l'operatività dalla volontà della persona offesa, sarebbe stato preferibile valorizzarne in modo più chiaro l'interesse nell'ambito dell'art. 131-*bis* c.p. Per questa via, si sarebbe potuto favorire almeno indirettamente l'ingresso nel sistema di alcuni momenti riparativi⁷¹.

3.2. *La mediazione penale*

La mediazione penale è stata indicata almeno simbolicamente⁷², anche nelle fonti europee, quale strumento utile per migliorare l'efficienza e l'efficacia della giustizia penale, sapendo ben coniugare la tutela degli interessi della vittima del reato con le finalità di prevenzione speciale della pena, “nella prospettiva di un superamento del tradizionale modello di diritto penale di stampo retribuzionista e ritorsivo”⁷³. Nonostante questo, l'ordinamento italiano non ha, fino ad oggi, mostrato alcun serio impegno nell'assicurarne l'accessibilità a vittime e rei, né per introdurre una sua compiuta disciplina.

Non c'è ancora stato un serio investimento sulla giustizia riparativa, in generale, e sulla mediazione, in particolare, soprattutto nel settore degli adulti: manca “una disciplina che ne regoli i programmi, li coordini con l'ordinamento vigente, ne definisca gli effetti sul processo, sulla risposta sanzionatoria e sulla sua esecuzione”. Manca una normativa che

sciolga taluni nodi operativi di non poco conto (formazione, imparzialità, indipendenza e doveri dei mediatori; utilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso del programma; riservatezza e confidenzialità ecc.)⁷⁴.

⁷¹ Come è stato affermato, in chiave di riforma la riparazione dovrebbe essere il punto di partenza, “la base per l'introduzione d'*ipotesi di non punibilità, o di degradazione o di estinzione del reato*”: M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, 1212.

⁷² Abbiamo ricordato nel terzo capitolo come la Corte di giustizia abbia di fatto escluso la natura strettamente preceptiva dell'art. 10 della Decisione quadro 2001/220.

⁷³ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1015.

⁷⁴ C. MAZZUCATO, *Ostacoli e “pietre di inciampo” nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 122.

Il legislatore italiano ha purtroppo già perso un'occasione importante, come quella rappresentata dall'attuazione della Direttiva del 2012 sulle vittime, che prevede per la vittima l'accesso a servizi di giustizia riparativa "sicuri e competenti" (art. 12). Basti ricordare che la Francia, che pur già era dotata di una rete importante di mediatori e di una disciplina compiuta per l'accesso alla professione di mediatore, ha sentito invece la necessità di modificare il codice di procedura penale con la legge n. 2014-896 del 15 agosto 2014, per promuovere ampiamente l'accesso alle misure riparative⁷⁵.

Alla mediazione penale, quale speciale modello dialogico di giustizia, è necessario guardare, con coraggio, in prospettiva di riforma, pensando ad essa come ad uno strumento che può inserirsi nel procedimento penale, in sede processuale o pre-processuale, seppure creando un sottosistema autonomo, "con regole giuridiche e una logica diversa dal macrosistema di riferimento", perché mediare significa, pur sempre, "guardare al di là dei confini del penalmente rilevante, pur rispettando la tipicità, per attingere al fluire degli interessi sociali e al conflitto sottostante al reato"⁷⁶.

3.2.1. *Ambito applicativo della mediazione penale: criteri di selezione dei casi mediabili*

Fermo un primo limite strutturale di operatività che abbiamo delineato pensando ad un avvicinamento del sistema penale alla *restorative justice*, e che è legato alla possibilità di attivare un percorso realmente

⁷⁵ Come già illustrato nel paragrafo 2.1.2 del terzo capitolo, una circolare del Ministero della Giustizia francese del 15 marzo 2017 sulla giustizia riparativa ha sottolineato l'ampiezza delle possibilità di accesso alle misure riparative e disciplinato nel dettaglio i presupposti ed i limiti di attivazione delle procedure, tra le quali sono incluse forme di mediazione allargata, di *conferencing* e di *circle*. La scelta che è stata operata è tuttavia nel senso di considerare la misura riparativa come del tutto autonoma rispetto al procedimento penale ed idonea ad incidere sul suo esito.

⁷⁶ C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 137 s.

dialogico tra le parti⁷⁷, non si ritiene opportuno escludere *a priori*, in astratto, una determinata categoria di reati dal campo applicativo della mediazione penale solo per ragioni di gravità⁷⁸.

Non pare condivisibile la scelta che, ad esempio, è stata operata dall'ordinamento spagnolo, in tema di violenza di genere⁷⁹, essendo preferibile in questo ambito scommettere sulla capacità dei professionisti di valutare con adeguata ponderazione, caso per caso, gli squilibri di potere, le debolezze e gli interessi in gioco, e di adottare le necessarie cautele⁸⁰.

Senza rinunciare aprioristicamente ai programmi riparativi, quello che è imprescindibile, soprattutto a seguito della Direttiva europea, è

⁷⁷ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 664 ha evidenziato per esempio come l'idea e la pratica della mediazione non siano adattabili a reati senza vittime o con troppe vittime.

⁷⁸ Sul punto, cfr. S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., 139 ss.; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, cit., 62; F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 27. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 128, afferma che la bagatellarità del reato "non è di per sé un requisito indispensabile, potendo la mediazione e la riparazione essere utilizzata per reati ricchi di disvalore sociale".

⁷⁹ Come già illustrato al par. 2.3 del terzo capitolo, con una legge del 2004 (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre*), prendendo atto dell'esistenza in Spagna di pratiche di mediazione, è stato vietato il ricorso alla procedura mediativa in ipotesi di violenza contro le donne (per tutti i casi attribuiti alla competenza del "giudice della violenza sulle donne").

⁸⁰ Cfr. sul punto C. ESTIRADO DE CABO, *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 213; A. HAYDEN, *Reflections on Family Violence and Restorative Justice: Addressing the Critique*, cit., 211 ss. Come illustra B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, cit., 85 ss., secondo diverse letture, la giustizia riparativa si adatta soprattutto ad essere utilizzata come risposta nei confronti dei reati violenti contro la persona. Cfr. tuttavia F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 28 s., per quanto riguarda i dettami della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 (art. 48).

un'attenta valutazione del tipo e della natura del conflitto sotteso o generato dal reato, delle circostanze, dei contesti di riferimento e delle caratteristiche delle vittime, per evitare pericolose forme di vittimizzazione secondaria. La valutazione deve essere operata fin dall'inizio di ogni procedura riparativa.

In presenza di vittime con esigenze specifiche di protezione, così, i mediatori, adeguatamente formati, devono verificare con speciale rigore la presenza del consenso informato e libero a partecipare alla procedura, adottando ogni opportuna cautela e tenendo in considerazione

fattori come la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di prendere decisioni consapevoli⁸¹.

Se la vittima è minorenni, ad esempio, l'attenzione deve essere massima, per evitare che questa avverta la diffusa sensazione di subire delle pressioni⁸².

In ambienti mafiosi, poi, avvezzi a forme di mediazione sociale dei conflitti, la mediazione penale potrebbe essere dominata da preesistenti, disuguali, rapporti di forza, oppure fraintesa e vissuta in modo da svilire la percezione sociale del rispetto delle norme giuridiche e quindi deve essere attivata con grande cautela e gestita da professionisti particolarmente qualificati⁸³.

⁸¹ Un tanto è precisato nel 46° Considerando della Direttiva. Cfr. altresì S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 7.

⁸² Cfr., sul punto, F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 25.

⁸³ Si condividono sul punto le considerazioni svolte da F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 6. Un'analisi approfondita sul tema è stata offerta da 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*, cit., 239 ss., la quale giunge ad affermare che nei contesti in cui è maggiormente presente la sottocultura mafiosa, della mediazione andrebbe rafforzato, almeno in una fase iniziale, proprio il legame con la magistratura e

Se, con le precauzioni descritte, l'accessibilità ai percorsi mediativi dovrebbe essere garantita, sempre, a tutte le parti coinvolte in un procedimento penale che decidessero liberamente di ricorrervi⁸⁴ – come supporto offerto dal sistema processuale per affrontare al meglio il verificarsi del reato nella sua complessità⁸⁵ – riteniamo che vi siano degli ambiti preferenziali in cui l'ordinamento, rispondendo ad esigenze diverse, dovrebbe sollecitare con particolare convinzione il ricorso a questi strumenti, così come avviene con la “conciliazione” in seno al sistema del giudice di pace.

La mediazione è in grado di assicurare un trattamento qualitativamente diverso per una determinata area di criminalità, selezionata sulla base del “sostrato sociale del reato”⁸⁶. I reati che coinvolgono soggetti avvinti da legami familiari, lavorativi o di vicinato, proprio per le caratteristiche “concrete” del conflitto⁸⁷, richiederebbero di regola questo trattamento.

Considerando il parametro della “distanza” come una sintesi sociologica di due indici rappresentati dagli interessi coinvolti e dalla dinamica sociale sottostante al fatto tipico, a reati “con parti vicine”, che si possono efficacemente incontrare per procedere alla mediazione, si contrappongono reati “con parti lontane” in concreto, perché manca il consenso di una o di entrambe le parti o, ancora prima, in astratto, perché ad esempio si tratta di reati senza vittima⁸⁸.

ciò in controtendenza con le indicazioni generali per una separatezza tra giudice e mediatore.

⁸⁴ Come precisa M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, cit., 752, si può ritenere che “la redenzione sul piano del “foro interno” [...] possa, astrattamente, coinvolgere qualsiasi soggetto che abbia commesso un crimine, a prescindere dalla sua gravità”.

⁸⁵ Cfr. sul punto B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona*, cit., 118.

⁸⁶ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo*, cit., 104. Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 119; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 250.

⁸⁷ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 343.

⁸⁸ Efficacemente in tal senso C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 130.

Le esperienze straniere che abbiamo analizzato confermano questo dato. Alcuni studi condotti sulle prime pratiche francesi hanno evidenziato come la mediazione venga attivata soprattutto in presenza di reati non gravi, che interessano soggetti che si conoscono e sono destinati a continuare ad incontrarsi, a seguito della procedura (vicini, parenti, colleghi di lavoro)⁸⁹.

Da un altro punto di vista, i programmi di giustizia riparativa potrebbero rivelarsi utili in presenza di reati violenti e di reati contro il patrimonio, per i risultati estremamente positivi che si ottengono sul fronte della recidiva. Come è emerso in alcuni studi si assiste ad una diminuzione dell'84% della recidiva negli autori di reati violenti che abbiano intrapreso percorsi di giustizia riparativa che prevedono l'incontro faccia a faccia tra autore e vittima, impegnativo e complesso, ma idoneo a consentire una liberazione più intensa delle emozioni⁹⁰.

In generale, poi, per venire incontro anche alle istanze deflattive, tra gli ambiti di promozione della mediazione dovrebbero di certo rientrare quelli che coinvolgono reati per i quali, in seno al nostro sistema processuale, è possibile definire il procedimento, rinunciando alla pena, a seguito di un percorso mediativo con esito positivo e che, naturalmente, sono caratterizzati dalla presenza di una vittima. È molto interessante ricordare, a riguardo, che la Commissione Europea, nel documento orientativo sull'implementazione della Direttiva 2012/29/UE, pur dando conto delle indicazioni dell'*European Forum for Restorative Justice*, favorevole ad un'ampia applicazione delle procedure riparative con riferimento a tutti i reati, anche gravi, abbia suggerito di incoraggiare il ricorso alla mediazione nelle diverse fasi del procedimento penale, almeno per i reati meno gravi. Lo scopo è quello di bilanciare adeguata-

⁸⁹ Cfr. J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 81; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 732; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 130; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 154. Cfr., nello stesso senso, quanto alle relazioni tra le parti, C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 204.

⁹⁰ I dati sono riportati da G. MANNOZZI, *Il documento finale degli "Stati Generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, cit., 565 ss. È interessante evidenziare come nessuna riduzione della recidiva si sia ottenuta per i reati senza vittima.

mente esigenze deflattive ed esigenze di tutela della vittima, mediante un'adeguata riparazione⁹¹.

La strada preferenziale per individuare i reati interessati da queste considerazioni è offerta da un istituto già noto al nostro ordinamento, al fine di valorizzare la volontà dell'offeso, ma che, secondo alcune interessanti proposte, oggi molto vicine a trovare una loro espressione concreta⁹², potrebbe assumere nuovo vigore: la querela, sul cui fondamento politico-criminale ci soffermeremo più avanti.

Sulla scorta dell'esperienza maturata nell'ambito del laboratorio rappresentato dal sistema del giudice di pace, si può infatti pensare di favorire espressamente il ricorso allo strumento della mediazione per tutti i reati perseguibili a querela, di competenza del tribunale ordinario, fin dalla fase delle indagini⁹³.

Un ulteriore ambito di interesse, anche se parzialmente sovrapponibile a quello appena delineato, potrebbe poi essere definito dai reati estinguibili grazie ad un istituto che valorizzi le condotte riparatorie, costruito sul modello dell'art. 35 d.lgs. 274/2000. L'art. 162-ter c.p., che pur ricorda in alcuni profili l'art. 35 d.lgs. 274/2000 e consente di estinguere il reato, è applicabile unicamente ai reati procedibili a querela, soggetta a remissione, e quindi oggi non permette di ampliare il numero dei reati per i quali la mediazione andrebbe attivata, in questa prospettiva.

Pensando a nuovi contesti di applicazione dei processi riparativi, ed in particolare della mediazione penale come strumento di soluzione dei contrasti in chiave di ricostituzione della comunicazione sociale, un grande interesse hanno suscitato le proposte formulate nell'ambito della responsabilità medica, che apre le porte ad un contenzioso con una for-

⁹¹ *DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime*, in: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive_en.pdf, 33 s.

⁹² Si è infatti in attesa dell'attuazione della delega contenuta nell'art. 1 c. 16 della legge 103/2017 per l'estensione della procedibilità a querela ad alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio, oggi procedibili d'ufficio. Cfr. *infra* par. 3.3.4.

⁹³ In questo senso cfr. anche D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, cit., 505.

tissima venatura emotivo-simbolica, radicandosi in un “rapporto interpersonale infelice”⁹⁴.

La mediazione potrebbe rappresentare l’occasione per consentire al medico di spiegare il proprio punto di vista, le proprie ragioni e, allo stesso tempo, potrebbe rispondere al bisogno del paziente di “elaborare il lutto” per un evento che non riesce ad accettare⁹⁵.

A tale riguardo merita di essere ricordato in particolare un progetto, molto articolato, in tema di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria, che è stato elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP), dedicando un ampio spazio alle potenzialità della giustizia riparativa⁹⁶.

Anche a prescindere dalla procedibilità a querela delle lesioni, le implicazioni deflative di tali strumenti non sono state affatto sottovalutate, visto che si è ipotizzata l’introduzione di una causa estintiva *ad hoc* per il nuovo reato di “morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario” (art. 590-ter c.p.), a seguito di condotte a contenuto riparatorio (per attenuare o elidere le conseguenze del reato) e conformativo (per prevenire o correggere l’inosservanza delle regole dell’arte o le lacune organizzative), che rappresentino il risultato di un programma riparativo al quale l’indagato abbia partecipato⁹⁷.

Questa soluzione appare tuttavia poco condivisibile. Nonostante l’indubbia specificità delle professioni sanitarie, l’equiparazione del

⁹⁴ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell’illecito*, cit., 31. Cfr. altresì F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, cit., 12 ss.

⁹⁵ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell’illecito*, cit., 31.

⁹⁶ *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP), in *Criminalia*, 2009, 667 ss. Cfr. F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, cit., 18 ss.

⁹⁷ L’art. 590-ter, dovrebbe includere, al comma terzo, una causa di estinzione del reato, che opererebbe qualora l’esercente la professione sanitaria eseguisse le condotte di cui all’art. 7 ed all’art. 19 u.c. di una legge da introdurre in materia di “responsabilità penale nell’ambito dell’attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico”.

reato di lesioni a quello di omicidio, quanto agli effetti estintivi delle condotte riparatorie, è difficile da giustificare in un ordinamento che ha una connotazione prevalentemente oggettivistica e dovrebbe essere ancorato al principio di offensività. Allo stesso modo non è condivisibile l'intenzione degli autori della proposta, espressa nelle Relazioni di accompagnamento, di "non compromettersi" con la giustizia penale tradizionale.

Si ritiene comunque utile richiamare il progetto per la complessità dei programmi riparativi elaborati, che mantengono al centro la mediazione penale intesa in termini tradizionali, o comunque i processi che prevedono l'incontro tra le parti, ma non dimenticano allo stesso tempo di tener conto dell'eventualità in cui la vittima non possa partecipare, si rifiuti o abbandoni il percorso intrapreso. È consentito infatti il ricorso ad altre soluzioni e, se del caso, anche a percorsi che, in funzione prevalentemente trattamentale, coinvolgono una vittima "aspecifica", che abbia subito un reato analogo a quello commesso.

Siamo lontani, qui, da un percorso realmente dialogico tra i soggetti in conflitto, ma il coinvolgimento della vittima "aspecifica" può contribuire alla definizione dell'attività di riparazione da svolgere: si parla più precisamente di "riparazione" "nelle forme di un percorso figurativo" a vittima "aspecifica"⁹⁸, che persegue una finalità prevalentemente riabilitativa. Questo percorso, infatti, presenta elementi di grande affinità con i percorsi di sensibilizzazione che vedono la partecipazione di "vittime surrogate" e che diventano una sorta di strumento rieducativo, utile, se non necessario (come abbiamo visto), nell'ambito della messa alla prova – per come essa è stata congegnata – e meritevole di essere sempre più utilizzato, nel nostro ordinamento, per la concessione di benefici penitenziari, anche al di fuori di isolate sperimentazioni⁹⁹.

⁹⁸ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1212.

⁹⁹ Cfr. sul punto F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 13. In senso critico cfr. D. VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 382 ss. Come ricordano G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, cit., 133 ss., deve essere segnalata la pionieristica ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia del 2012, con la quale è stata concessa la semilibertà ad un condannato al-

La proposta elaborata dal Centro Studi “Federico Stella” è interessante altresì da un diverso punto di vista. Se infatti la dottrina, anche straniera, ha posto frequentemente e con preoccupazione l’accento sulla necessità di pensare a significativi investimenti per poter dare corso ad una riforma *riparativamente* orientata¹⁰⁰, nel progetto si è acutamente sfruttata la peculiarità degli interessi civilistici in gioco, ed in particolare il ruolo rivestito dalle compagnie di assicurazione, per porre a carico di queste ultime la copertura finanziaria del sistema. Le compagnie sono tenute al versamento di contribuzioni obbligatorie ad un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario, in ragione dei premi incassati per i contratti stipulati per la copertura assicurativa della responsabilità civile nell’esercizio della professione sanitaria (art. 25). È chiaro, però, che la soluzione non può essere generalizzata e che, comunque, rischia di ripercuotersi negativamente, in via indiretta, sui costi del sistema sanitario pubblico. È presumibile infatti che i premi per i contratti di assicurazione subiscano un aumento.

Le prospettive di sviluppo della mediazione penale sono molteplici.

La scarsa volontà del legislatore italiano di investire sui processi riparativi è stata tuttavia anche recentemente testimoniata dai contenuti della legge con cui è stata data un’attuazione, molto limitata, alla Direttiva 2012/29/UE.

Il legislatore italiano con il d.lgs. 212/2015 ha circoscritto le informazioni sulla giustizia riparativa, che devono essere fornite alla persona offesa, in lingua a lei comprensibile, sin dal primo contatto con l’autorità procedente, facendo riferimento alle “possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all’articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione” (art. 90-*bis* c.p.p.)¹⁰¹.

l’ergastolo per omicidio ed altri gravissimi reati, anche per effetto di un lungo e complesso percorso di mediazione con vittima aspecifica, seguito da mediatori penali: Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza del 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 833 ss.

¹⁰⁰ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 139.

¹⁰¹ L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell’accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., 846 s., si sofferma sulle informazioni che devono essere fornite alla persona offesa, “sin dal primo contatto con l’autorità procedente”. In ogni caso, come evidenzia l’Autore (pag. 849), “il legislatore non ha ritenuto di introdurre specifiche sanzioni processuali in caso di violazione delle nuove disposizioni, per cui,

Il testo dell'art. 4 della Direttiva avrebbe invece avuto una portata più ampia¹⁰², imponendo agli Stati membri di offrire alla vittima, fin dal primo contatto con l'autorità competente, le informazioni sui "servizi di giustizia riparativa disponibili"¹⁰³.

La confusione in cui versa il legislatore italiano quando si occupa della giustizia riparativa è palese, ed è dimostrata dal passaggio dell'art. 90-*bis* c.p.p. in cui viene distinta la definizione con remissione di querela dalla definizione attraverso la mediazione, visto che, almeno allo stato dell'arte, vi è sostanziale coincidenza tra i casi in cui il procedimento può essere definito con remissione della querela ed a seguito di mediazione positiva. Si sarebbe forse potuto fare riferimento all'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (*ex art. 35 d.lgs. 274/2000 e, oggi, ex art. 162-ter c.p.*), ma di certo la mediazione non è, in sé, una modalità di definizione del procedimento.

La sospensione del procedimento con messa alla prova e la non punibilità per particolare tenuità del fatto sono inserite in una diversa lettera del nuovo art. 90-*bis* c.p.p. (lett. o) e, in relazione a questi istituti, le informazioni alla persona offesa concernono più in generale le facoltà ad essa spettanti.

Nel dare attuazione alla Direttiva, purtroppo, il legislatore italiano ha poi ritenuto di non introdurre una più ampia tutela per la persona offesa ed i suoi bisogni e, comunque, di non elaborare un disciplina

stante il principio di tassatività dei casi di nullità, le eventuali inosservanze non possono dar luogo a nullità di ordine generale, a norma dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., non essendo la persona offesa *parte privata* ed essendo circoscritta la nullità generale all'inosservanza delle disposizioni concernenti la *citazione in giudizio della persona offesa e del querelante*".

¹⁰² Nella *Relazione integrale del Tavolo 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato)*, cit., 17, si parla di un'attuazione frammentaria ed incompleta della Direttiva.

¹⁰³ D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della Direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, 3421, parla addirittura di un vero e proprio "obbligo di fornire strumenti di giustizia riparativa", ma si sofferma sugli sforzi in tal senso già dimostrati dal legislatore italiano, in primo luogo con l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova.

generale dei servizi di giustizia riparativa o, almeno, della mediazione, che sia conforme agli standard sovranazionali¹⁰⁴.

Non sono state considerate, infine, le potenzialità della giustizia riparativa al di fuori delle ipotesi di definizione alternativa del procedimento. Le esigenze deflattive sono importanti, ma non si deve sottovalutare, anche a sistema immutato, che “nulla vieta che a un’avvenuta mediazione sia attribuibile rilievo rispetto alla determinazione della pena pure in casi nei quali l’esito estintivo non sia ammesso dal legislatore”¹⁰⁵.

3.2.2. *Mediazione e fasi del procedimento penale*

La mediazione penale non ha una collocazione procedimentale esclusiva. Le indicazioni contenute nelle fonti sovranazionali lo confermano: i programmi di giustizia riparativa devono essere fruibili in ogni fase del procedimento/sistema di giustizia penale (§ 4 Racc.; § 6 Principi base).

In prospettiva di riforma è tuttavia preferibile pensare ad una valorizzazione della mediazione in fase preprocessuale, in sede di indagini, dove i ruoli sono meno stigmatizzati dalle vicende istituzionali del processo, ed un esito positivo potrebbe evitarlo integralmente¹⁰⁶. È oppor-

¹⁰⁴ In tal senso: M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4199.

¹⁰⁵ L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 531.

¹⁰⁶ È questa la prospettiva condivisa da F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 201; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 299; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 249 e 292; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 351; G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 18; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 388; M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 894; P. MARTUCCI, *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di “sperimentazioni”*, cit., 1417; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 10, con riferimento, in generale, alla giustizia riparativa. *Contra*, però, C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 68.

tuno anticipare il più possibile la procedura riparativa, affinché essa intervenga “in una fase quanto più prossima alla commissione del reato, non ancora “contaminata” dalla logica del processo”, quando non sono stati “incardinati i presupposti per una risoluzione autoritativa del caso”¹⁰⁷.

L’esperienza del giudice di pace lo ha dimostrato. Una mediazione circoscritta all’udienza di comparizione è diseconomica: da un lato, il giudice non vuole rallentare il processo con lunghi rinvii e, dall’altro, le parti hanno già investito energie e sostenuto spese, anche difensive, che possono seriamente ostacolare il raggiungimento di un autentico accordo.

Per quanto riguarda la fase processuale, la sospensione del processo con messa alla prova (art. 28 d.P.R. 448/1988) ha rappresentato il primo, indiretto, canale di ingresso della mediazione penale nel processo minorile. Tuttavia, per la sua collocazione, la sua struttura e la sua implicita necessità di presupporre, almeno di fatto, un accertamento di colpevolezza, l’istituto della *probation* non costituisce tanto una modalità alternativa e *riparativamente* orientata di risoluzione del conflitto con deviazione dal processo, quanto piuttosto un’alternativa alla pena tradizionale offerta istituzionalmente nel corso del giudizio, con la mediazione come modalità di trattamento imposta ed orientata in prospettiva specialpreventiva¹⁰⁸.

Non molto diverse sono le considerazioni che si possono svolgere per l’analogo istituto pensato per gli adulti¹⁰⁹. Tra le prestazioni rien-

¹⁰⁷ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360. Cfr. altresì R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 183 e F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 76. Non è un caso che nel progetto di legge delega elaborato dalla Commissione di riforma del codice di procedura penale, presieduta dal prof. Riccio, laddove, al punto 2.3 della direttiva, ci si occupava, ancorché genericamente, di mediazione penale, si prevedesse l’intervento del processo riparativo – con i presupposti e nei casi da individuarsi più precisamente ad opera del legislatore delegato – proprio in un momento anticipato, nella fase delle indagini preliminari (http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS95146).

¹⁰⁸ Si condividono in tal senso le considerazioni di F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 199.

¹⁰⁹ Quanto alle fasi procedurali di applicazione dell’istituto nel processo degli adulti, è interessante evidenziare come, a conferma di quanto espresso nell’introduzione

tranti nel programma di trattamento il codice di procedura penale include anche gli impegni specifici che l'imputato assume al fine di elidere o attenuare le conseguenze del reato "considerando a tale fine" il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa (art. 464-*bis* c. 4 lett. b) e c) c.p.p.).

La mediazione nell'ambito della *probation* è tuttavia il tassello di un programma già definito. Pur contemplata, la procedura mediativa pare declinata prevalentemente dal lato dell'autore del fatto, rientrando nell'ambito di un progetto complesso che viene elaborato per la sua responsabilizzazione e riabilitazione, ma che, per esempio, ha già determinato il contenuto delle condotte riparatorie sufficienti per l'estinzione del reato.

La prospettiva di fondo non è tanto quella riparatoria in senso pieno, ma piuttosto quella della ricerca di un miglioramento dei rapporti tra l'ordinamento e l'autore del fatto, il quale deve fare quanto richiesto per meritare un già manifestato atteggiamento benevolo dell'autorità pubblica nei suoi confronti. Lo sforzo del legislatore di affiancare alle prescrizioni di matrice esclusivamente pubblicistica delle prestazioni rivolte nei confronti della vittima, anche in prospettiva pacificatrice, va tuttavia accolto positivamente perché è quanto meno un segno positivo della sua volontà di non escludere del tutto la persona offesa dalla gestione di un istituto di marcato favore per il reo.

Quella persona offesa che è stata dimenticata, per esempio, dagli interventi di decriminalizzazione attuati con il d.lgs. 7/2016, ma che, ancorché il conflitto connesso all'illecito integrato non sia più un reato, potrebbe ottenere grande giovamento proprio dalla disponibilità di percorsi mediativi gratuiti, oggi non esistenti.

3.2.3. *Disciplina della mediazione. Formazione e requisiti dei mediatori*

L'esperienza sviluppatasi in Italia nel campo minorile e, in una prima fase, in Francia e Spagna nel campo degli adulti hanno evidenziato

del presente paragrafo, il legislatore l'abbia previsto anche per le indagini preliminari (art. 464-*ter* c.p.p.).

una certa capacità del sistema penale di ospitare la mediazione nelle sue pieghe, senza dar corso ad un processo di vera e propria istituzionalizzazione.

Almeno per il processo degli adulti è giunto tuttavia il momento di fare una scelta coraggiosa, di forte incoraggiamento alla mediazione, e di disciplinare compiutamente la materia¹¹⁰.

È importante che nell'ordinamento penale venga introdotta una previsione espressa dell'obbligo per pubblico ministero e giudice di stimolare le parti a ricorrere alla procedura mediativa nei casi adeguati e comunque, sempre, almeno per i reati procedibili a querela e per i reati estinguibili a seguito di condotte riparatorie. Sull'esempio del codice di procedura penale tedesco (§ 155a StPO), ma in termini più decisi, il pubblico ministero ed il giudice dovrebbero essere chiamati a verificare se sia possibile ricorrere alla mediazione tra l'imputato e la persona offesa in ogni fase del procedimento, inviando il caso ad un centro specializzato.

Sospeso il procedimento, i termini di conclusione delle indagini (se in corso) e i termini di prescrizione, le parti verrebbero poi contattate dall'agenzia di mediazione ed invitate a partecipare ad un determinato programma.

A procedimento penale iniziato è sconsigliabile tuttavia che l'autorità giudiziaria stimoli l'avvio di un programma di giustizia riparativa prima di avere avuto contatti con l'indagato proprio perché egli non deve apprendere dai mediatori l'esistenza di un procedimento penale a suo carico¹¹¹. È indispensabile, quindi, che vi sia stata una previa contestazione dell'addebito all'accusato¹¹².

¹¹⁰ Come afferma C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 50, "è con regole e logiche giuridiche che deve decidersi quando è possibile metter da parte le regole e le logiche del processo per dare spazio alla mediazione".

¹¹¹ Condivisibilmente in tal senso cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità*, cit., 216.

¹¹² A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 349 ss. ipotizza, più articolatamente, che sulla richiesta di avvio di una procedura mediativa si pronunci il g.i.p., sentiti p.m., indagato e persona offesa, rigettandola quando già sussistano i presupposti per l'archiviazione ex artt. 408 o 411 c.p.p.

Sempre sull'esempio della disciplina tedesca, ed in particolare del § 136 c. 1 frase 6 StPO, si potrebbe inoltre prevedere, per i casi adeguati, un tempestivo obbligo di informazione in merito all'esistenza dello strumento mediativo ed ai benefici che da esso possono discendere. L'obbligo dovrebbe operare a favore di colui che è chiamato a rispondere di un reato, e non soltanto della vittima, come è stato previsto oggi, peraltro confusamente, a seguito dell'attuazione della Direttiva 2012/29/UE (art. 90-*bis* c.p.p.).

Tale obbligo dovrebbe essere posto in capo alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero nel corso del primo interrogatorio dell'indagato e, nell'ipotesi in cui l'interrogatorio non vi sia, l'informazione dovrebbe esser data per iscritto alla persona indagata, in occasione del primo "contatto" con l'autorità giudiziaria.

Le soluzioni spagnole e tedesche relative ad un tentativo obbligatorio di conciliazione, preliminare all'esercizio dell'azione penale privata per alcuni reati "di relazione", appaiono poco adeguate all'importazione nel nostro ordinamento, sia perché i reati interessati sono in massima parte di competenza del giudice di pace, il cui modello già presenta una propria coerenza, sia perché non esistono in Italia altre forme di azione penale privata. Dal punto di vista pratico, poi, un tentativo preliminare obbligatorio avrebbe come prima conseguenza quella di portare a conoscenza dell'autore del reato l'intenzione dell'offeso di dar corso ad un procedimento penale, con il rischio di incrementare il contenzioso, stimolando, proprio nei reati di relazione, una reazione del primo anche sul piano giudiziario (controquerela).

I percorsi mediativi non sono disciplinabili dettagliatamente da parte dell'ordinamento, in quanto tipicamente liberi ed estranei alla logica processuale. È irrinunciabile pensare però ad una previsione espressa delle principali garanzie e degli standard qualitativi che li devono caratterizzare, tenuto conto delle linee guida offerte in particolar modo dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale e dalla Risoluzione ONU 2002/12 del 24 luglio 2002¹¹³. I principi devono

¹¹³ Le linee guida sono state richiamate anche dal gruppo di lavoro del Tavolo 13 in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale.

essere rispettati anche quando i processi riparativi si innestano su istituti più complessi, come la messa alla prova.

Anche in queste procedure è necessario rispettare i principi fondamentali di un “giusto processo”: il diritto di difesa¹¹⁴, il diritto alla traduzione, il diritto ad un vaglio delle “autorità della giustizia penale” sull’invio di un caso in mediazione e sulla valutazione dell’esito¹¹⁵, nonché il diritto alla celerità, con particolare riferimento alla prosecuzione del procedimento penale, a seguito del fallimento della procedura riparativa o della mancata esecuzione dell’accordo raggiunto (§ 8, 9 e 18 Racc.; § 11, 13, 16 e 17 Principi base). A ciò si aggiunge, naturalmente, il diritto ad una libera e spontanea (§ 1 Racc.; § 7 Principi base) adesione ai programmi di riparazione-mediazione, fondata su di consenso consapevole, informato, mai viziato da pressioni o da altri mezzi subdoli, che deve coprire tutte le fasi dell’*iter*.

Altra fondamentale garanzia da assicurare ai partecipanti attraverso un’adeguata disciplina della mediazione penale è quella della confidenzialità. Il mediatore deve essere vincolato al segreto professionale e deve essere vietata qualsiasi forma di diffusione di quanto dichiarato o emerso negli incontri, salvo il diverso accordo dei partecipanti (§ 2 Racc.; § 14 Principi base). Più in particolare, è fondamentale che siano stabiliti l’obbligo dei mediatori di astenersi dal deporre sui fatti appresi per ragione del proprio ufficio o professione e l’inapplicabilità, a loro favore, delle disposizioni del codice penale in tema di omessa denuncia in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell’esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio¹¹⁶.

¹¹⁴ A tale riguardo, pare utile ricordare l’ordinamento francese, dove uno stimolo importante all’accettazione della procedura mediativa proposta è derivato dalle norme (legge del 18 dicembre 1998) poste, anche in materia, a tutela dell’assistenza legale, che viene considerata fondamentale nella fase introduttiva e di redazione dell’eventuale accordo. Esistono così, per i non abbienti, forme di sostegno pubblico, capaci di coprire i costi relativi.

¹¹⁵ Secondo le Nazioni Unite il vaglio deve essere “giudiziale”, quanto agli esiti.

¹¹⁶ Sul punto cfr. art. 12 *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP), cit., 676.

Quanto, infine, alla garanzia della presunzione di non colpevolezza, abbiamo ricordato come ne vengano fatti discendere dei corollari apparentemente contraddittori tra loro.

Il riconoscimento preliminare dei fatti principali da parte dell'autore costituisce la vera e propria condizione di fattibilità della procedura mediativa¹¹⁷, ma affinché, in ipotesi di esito negativo della mediazione, non produca effetti pregiudizievoli sull'indagato/imputato, quale prova di ammissione di colpevolezza (§ 14 Racc.; § 8 Principi base), appare preferibile che esso sia oggetto di verifica solo da parte dei mediatori, nella fase preparatoria dell'incontro, al momento dell'acquisizione del consenso. Se siamo all'esterno di un programma trattamentale, i mediatori non dovrebbero nemmeno distinguere, nel verbale da trasmettere al giudice, tra mancato svolgimento del processo riparativo ed esito negativo, sempre che le parti siano presenti¹¹⁸. È rimessa infatti al difensore la prova delle condotte riparatorie effettivamente poste in essere dall'autore del reato, al fine di farlo fruire dei benefici connessi.

Perché la mediazione penale venga attivata è necessario infine il consolidamento dei centri di mediazione. Non è pensabile che la nascita di centri continui ad essere rimessa a scelte volontaristiche e locali, con una conseguente distribuzione disomogenea sul territorio nazionale.

Come emerge dal documento finale del Tavolo 13 degli "Stati Generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa, la precondizione per l'attuazione della *restorative justice* è l'istituzione in maniera capillare di centri composti da mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa, iscritti in un apposito albo ed adeguatamente formati¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. in tal senso E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 131.

¹¹⁸ Si condividono in tal senso le considerazioni svolte da A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s. In questo modo, si può mantenere "nettamente separata la promozione del dialogo secondo verità come elemento di una gestione riparativa e riconciliativa dei fatti criminali dal capitolo molto delicato concernente la cooperazione alle attività d'indagine", secondo le indicazioni di L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., 654 s.

¹¹⁹ Cfr. *supra* il par. 5.4 del capitolo quarto.

Non è un caso che la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia, nelle "Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale", adottate nel 2007, abbia posto l'accento sulla necessità di garantire la disponibilità degli strumenti di mediazione e l'accessibilità alle procedure da parte di vittime ed autori di reato, oltre che sull'opportunità di favorire, attraverso l'informazione e la ricerca, la nascita di una maggior consapevolezza sui temi della giustizia riparativa, nei diversi attori coinvolti.

Non è più accettabile che la mediazione venga svolta da professionisti privi di un'abilitazione specifica, che hanno seguito *iter* formativi a volte improvvisati e non sono iscritti in un albo. I mediatori, soggetti rigorosamente privi di autorità o potere in nome dei quali esercitare un arbitrato o un giudizio, dovrebbero essere rigidamente vincolati al rispetto di un codice deontologico¹²⁰. Dovrebbero poi essere stati formati, selezionati e valutati secondo le linee guida sovranazionali, che richiedono l'elaborazione di percorsi volti all'acquisizione ed al mantenimento delle capacità necessarie a svolgere tale delicato compito. Tali percorsi devono avere ad oggetto le tecniche di mediazione e fornire le nozioni concernenti il sistema di giustizia penale (§ 24 Racc.). La formazione alla mediazione ed alla giustizia riparativa, dal carattere interdisciplinare¹²¹, dovrebbe essere offerta in misura ampia e generalizzata fin dalle aule universitarie, e consolidarsi con l'istituzione di specifici corsi di studio universitari¹²².

¹²⁰ Come rilevano F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 122, in materia civile esiste un "Codice europeo di condotta dei mediatori" ed un "Codice etico per i mediatori" elaborato da Unioncamere come modello di riferimento per tutti gli organismi ricollegabili alle Camere di Commercio.

¹²¹ Su di un approccio interdisciplinare allo studio della giustizia riparativa si sofferma con convinzione la dottrina internazionale: cfr., di recente, T. GAVRIELIDES, *The Sceptic and the Believer: The Psychology of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *The Psychology of Restorative Justice. Managing the Power Within*, Surrey, Ashgate, 2015, 247 ss.

¹²² Le indicazioni in tal senso offerte dal Tavolo 13, in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, appaiono molto interessanti per coloro che intendano attivare dei corsi formativi in materia.

È necessario “uscire da un’eccessiva liquidità e indeterminazione delle modalità di formazione e di reclutamento degli operatori della giustizia riparativa”¹²³.

Pur condividendo le preoccupazioni di chi lamenta un’eccessiva dipendenza dal pubblico ministero dei soggetti chiamati a gestire le pratiche mediative, l’ordinamento francese può rappresentare un utile punto di riferimento per quanto riguarda gli sforzi che sono stati fatti per rafforzare la professionalità dei mediatori. Basti ricordare che già dal 1996 è stata prevista una specifica procedura di abilitazione all’esercizio della mediazione in materia penale da parte di persone fisiche o di associazioni. Il mediatore poi, quando è chiamato ad assumere formalmente le proprie funzioni, presta un solenne giuramento di esercitarle con rigore, lealtà, imparzialità e dignità e di rispettare il segreto professionale.

3.3. *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*

Veniamo quindi a riflettere sulle caratteristiche che dovrebbe avere un istituto che valorizzi la riparazione ed allo stesso tempo consenta la definizione del procedimento senza applicare la pena.

Assumeremo l’art. 35 d.lgs. 274/2000 come punto di riferimento privilegiato per una proposta, rappresentando tale norma uno strumento molto interessante per uscire dall’ambito delle semplici manifestazioni di intenti e per aprirsi alla *restorative justice* con fiducia, ma anche con pragmaticità, vista la possibilità riconosciuta al giudice di superare, con le dovute cautele, proprio la volontà contraria della vittima¹²⁴.

¹²³ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 80. Un’eccezione positiva è rappresentata per esempio dal Centro di mediazione penale (oggi Centro di giustizia riparativa), che opera in Trentino-Alto Adige: una struttura a carattere pubblico, articolata in due sezioni con sede rispettivamente a Trento ed a Bolzano. Le mediatrici assunte dalla Regione hanno tutte seguito preventivamente un corso formativo, teorico-pratico, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trento.

¹²⁴ Cfr., in questo senso, L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., 649 ss. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 351 ss. è tuttavia critico verso un abuso del potere di estinzione contro la volontà della vittima. Quanto alle manifestazioni d’intenti, basti ricordare che lo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione

Dopo aver elaborato una nostra proposta ci soffermeremo sull'istituto delle condotte riparatorie come introdotto nel codice penale dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, per evidenziarne potenzialità e limiti.

3.3.1. *Inquadramento dell'istituto e fasi del procedimento penale*

Secondo un orientamento formatosi a partire dall'analisi critica della disciplina tedesca, la rinuncia alla pena discendente dalla riparazione non potrebbe prescindere da una previa sentenza che accerti la colpevolezza del soggetto che ha volontariamente riparato, dichiarando pubblicamente che il reato è stato commesso¹²⁵. Alla base di queste considerazioni vi sono soprattutto ragioni di prevenzione generale, ma non si deve dimenticare che gli effetti preventivi sono conseguenza delle condotte positive dell'autore più che della pronuncia di un giudice, che comunque non applicherebbe la pena.

Una soluzione che, per rinunciare alla sanzione penale, richieda un previo accertamento di responsabilità e quindi la celebrazione dell'intero giudizio è poi inadeguata a rispondere alle urgenti esigenze di economia processuale, che sono avvertite in molti ordinamenti.

Rimaniamo convinti che in uno Stato di diritto l'obbligatorietà dell'azione penale sia un principio fondamentale, ma riteniamo che esso

della parte generale di un nuovo codice penale, elaborato dalla Commissione Pisapia, istituita il 30 luglio 2006 (in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47483) prevedeva, all'art. 41 (Allegato I), che "a) nei casi espressamente stabiliti dalla legge per reati di non particolare gravità, possano essere dichiarati estinti quando, prima del giudizio, l'agente abbia posto in essere adeguate condotte riparatorie o risarcitorie, sole o congiunte ad attività e prescrizioni stabilite dal giudice; b) il giudice, se ritenga non adeguate le condotte riparatorie prestate, possa indicarne integrazioni assegnando un termine per l'adempimento". La Relazione della Commissione non dedica poi, all'istituto, alcun approfondimento, a differenza di quanto avviene per l'irrelevanza del fatto (art. 3).

¹²⁵ In questo orientamento si colloca P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 167; ID., *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 47 s. Critica è anche, sul punto, la posizione di H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 291.

non debba essere mitizzato. Deve semplicemente garantire che la scelta tra il processo e la sua definizione anticipata non dipenda da una mera valutazione di opportunità politica¹²⁶ o da istanze interne al processo¹²⁷, che accentuerebbero nell'opinione pubblica solo il senso di aleatorietà della giustizia.

L'obbligatorietà dell'azione non significa che per tutti i reati debba esserci un processo, ma che dalle scelte del pubblico ministero sia bandito innanzitutto il principio di opportunità. Quindi, per evitare il collasso del sistema, è fondamentale pensare alla possibilità di utilizzare anche gli strumenti riparativi nella prospettiva dell'efficienza processuale¹²⁸.

Il principio che caratterizza il nostro sistema processuale può essere interpretato in termini di legalità e, più precisamente, in termini di determinatezza e precisione nella formulazione dei presupposti che devono sussistere per l'applicazione di istituti che rispondano ad un'esigenza deflattiva, senza vanificare altre istanze ed in particolare quelle connesse alle funzioni della pena¹²⁹.

Per contribuire all'efficienza processuale, l'inquadramento dell'istituto "delle condotte riparatorie" nell'ambito delle cause di estinzione del reato apparirebbe adeguato.

¹²⁶ Come sottolinea M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 411.

¹²⁷ Come afferma A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 97.

¹²⁸ E. DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, cit., 1378 considera proprio i meccanismi deflattivi, già contemplati nella giustizia penale del giudice di pace quali "correttivi" all'obbligatorietà dell'azione penale, degli strumenti adeguati, per lo sforzo operato dal legislatore di individuare ipotesi di lieve o medio-bassa entità e di far salvi gli interessi della persona offesa, così garantendo le esigenze di prevenzione generale. M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, cit., 1424, indica la mediazione penale ed i meccanismi ripristinatori o risarcitori (questi ultimi combinati con condizioni speciali di procedibilità), come adeguati strumenti di "deprocessualizzazione".

¹²⁹ Cfr. sul punto R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 104 e M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 122.

La categoria delle cause estintive è composita, ma in essa si collocano anche istituti, come l'oblazione, che (al di là del necessario provvedimento di ammissione) dipendono da un contegno del reo susseguente al reato e, in qualche misura, almeno per quella di cui all'art. 162-bis c.p., anche da condotte riparatorie, rispondendo ad una positiva funzione di tutela del medesimo interesse tutelato dalla disposizione violata. I profili di affinità con l'istituto da introdurre non mancano.

L'intreccio di profili sostanziali e processuali che caratterizza la disciplina delle cause estintive, dalla "natura anfibia, per un verso sostanziale, e per altro processuale"¹³⁰, assolve poi coerentemente ad una funzione deflattiva¹³¹. Di regola una causa estintiva può essere applicata fin dalle indagini, indipendentemente da un compiuto accertamento del reato, determinando una vera e propria *diversion* dal processo penale.

Non è un caso che sia stata individuata una connessione tra le cause estintive del reato dell'ordinamento italiano e il § 153b StPO dell'ordinamento tedesco¹³², che consente una definizione anticipata del procedimento, con il consenso del giudice, ancora in fase di indagini, in tutte le ipotesi in cui con la sentenza l'organo giudicante potrebbe prescindere dall'irrogazione della pena, e quindi anche quando sussistono i presupposti per l'applicazione del § 46a StGB. Il § 153b StPO consente al giudice di pronunciare, negli stessi casi, una sentenza di non luogo a procedere prima dell'inizio del dibattimento, con il consenso del p.m. e dell'imputato. Anche in Germania, quindi, si consegue un effetto sostanziale di non punizione, a prescindere dall'attribuzione di responsabilità per un fatto¹³³. Entra in gioco un reato solo ipoteticamente supposto.

L'unico correttivo che ci sentiamo convintamente di proporre, sul piano strettamente procedurale, riguarda l'opportunità di ampliare gli spazi di intervento dell'offeso in ipotesi di estinzione dichiarata in fase

¹³⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2011, 572 (l'efficace definizione non è stata riproposta nell'ultima edizione del manuale citato, che pur sottolinea effetti sostanziali e processuali dell'estinzione del reato).

¹³¹ Sulle cause estintive del reato cfr. *supra* il par. 3.1 del quarto capitolo.

¹³² Per l'analisi dell'istituto si rinvia al terzo capitolo, par. 2.2.

¹³³ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 255 ss. offre questa descrizione. Il suo tono è comunque molto critico.

di indagini. Deve infatti essere consentito alla persona offesa di interloquire sull'anticipata conclusione del procedimento in ogni caso, indipendentemente dalla sua iniziale richiesta di essere informata dell'eventuale archiviazione¹³⁴.

3.3.2. *Ambito dei reati interessati dall'istituto e ruolo della persona offesa*

A quali reati dovrebbe essere applicata la nuova causa di estinzione?

Abbiamo già ricordato che solo se sono presenti (almeno) un reo ed una vittima/persona offesa è possibile dar corso ad un processo dialogico effettivo intorno all'offesa subita, e, se vogliamo pensare ad un istituto che valorizzi le condotte riparatorie in connessione, almeno potenziale, con tale percorso, non possiamo che dividerne i limiti applicativi.

È allora necessario distinguere la causa di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, che si vorrebbe introdotta nella parte generale del codice penale per i reati che hanno una vittima, da una più ampia possibilità di valorizzare la riparazione, anche al fine di evitare l'applicazione della pena, con riferimento a reati che possiamo definire "privi di vittime". Per questi ultimi, infatti, riteniamo preferibile che si ricorra con maggior ampiezza ad istituti quali l'oblazione discrezionale, condizionata all'eliminazione delle conseguenze del reato¹³⁵, ma che non richiede un risarcimento allo Stato se non come sanzione pecuniaria rigidamente predefinita nel *quantum*. Di fronte poi alle molteplici forme che la riparazione può assumere nei diversi contesti di riferimento (basti considerare la materia ambientale, solo per fare un esempio), riteniamo che non si possa prescindere da una disciplina differenziata per reati o categorie omogenee di reati, sposando una tecnica che il no-

¹³⁴ Si condividono sul punto le considerazioni svolte da A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 111.

¹³⁵ Sul punto si sofferma anche D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 216.

stro legislatore ha già ampiamente mostrato di utilizzare nella parte speciale del codice penale e nella legislazione complementare¹³⁶.

La distinzione operativa qui tratteggiata offre solo un primo contributo selettivo¹³⁷.

Un'ulteriore selezione deve essere operata sul fronte della gravità o comunque delle caratteristiche del reato in discussione, al fine di distinguere i casi in cui la riparazione può coerentemente determinare l'estinzione dell'illecito penale e quindi la rinuncia alla pena, da quelli in cui essa può riflettersi unicamente sul fronte del *quantum* della sanzione¹³⁸.

A tale fine, non vogliamo ancorare l'istituto ai reati che rispettino in astratto un determinato limite di pena, in apparente ottemperanza ad un rigoroso rispetto del principio di uguaglianza¹³⁹ – come è avvenuto in Germania, con il § 46a StGB, sulla scorta delle indicazioni già contenu-

¹³⁶ Un opportuno ripensamento di queste diversificate discipline potrebbe giovare di alcune riflessioni svolte anche in questo contesto, ma il lavoro ancora da affrontare è molto e probabilmente non può essere scisso da una ridefinizione delle cornici edittali di tutti i reati orientata a misurare la gravità del conflitto più che il disvalore del bene protetto, con l'introduzione di nuove ipotesi di non punibilità in caso di conflitto del tutto estinto, come auspica M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 11 ss. E. LA ROSA, *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1301, si sofferma sull'incoerenza della disciplina del recesso attivo di cui all'art. 56 c.p. con l'ampio ricorso fatto dal legislatore alla previsione di cause di estinzione del reato legate a condotte riparatorie. Cfr. altresì, sul punto, F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 357 e, anche se con riferimento più specifico al rapporto con la mediazione penale, R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 167.

¹³⁷ Non si può nascondere, del resto, come la distinzione non possa considerarsi del tutto soddisfacente, vista una certa permanente ambiguità insita nel termine "vittima" e la pur sempre confusa linea che distingue la persona offesa dal danneggiato, soprattutto nei reati plurioffensivi. Cfr. D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 105 s.; ID., *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione*, cit., 49, con riferimento all'esempio offerto dal delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, dove si parla di quest'ultimo come persona offesa (art. 341-bis c.p.); ID., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 196 ss., con riferimento al falso documentale.

¹³⁸ Anche D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale*, cit., 216, parla a tale riguardo di "reati non gravi".

¹³⁹ H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 280.

te nell'*AE-WGM* – perché la soluzione genera molti problemi. Ciò è dimostrato proprio dall'esperienza tedesca, dove dottrina e giurisprudenza hanno individuato per via interpretativa contraddittorie preclusioni oggettive all'operatività della norma¹⁴⁰.

Appare preferibile una disciplina che riesca ad arginare alcuni rischi di arbitrio sul piano sostanziale e processuale, definendo più chiaramente il proprio ambito applicativo. In quest'ottica, il legislatore dovrebbe rivolgere l'attenzione a due istituti che, nel nostro ordinamento, seppure a fini e con caratteri tra loro diversi, hanno una *ratio* simile perché già riconoscono alle istanze private della persona offesa un ruolo decisivo; due istituti che definiscono uno spazio entro il quale il privato offeso è il protagonista e lo Stato ha dimostrato di potersi ritrarre, rinunciando alla repressione¹⁴¹.

Superando opportunamente, per tale via, anche la necessità di operare un espresso riferimento alla presenza di una vittima/persona offesa (o danneggiato particolarmente qualificato) – che verrebbe a questo punto a considerarsi di regola implicita – si possono valorizzare gli istituti del consenso dell'avente diritto e della querela, limitando l'ambito applicativo della norma in questione ai reati per i quali il consenso può operare come scriminante e/o che sono procedibili a querela.

Visto il diverso grado di precisione dei due criteri selettivi, però, se il secondo può operare direttamente ed essere inserito nella norma, il primo rappresenta solo un'indicazione di massima che il legislatore potrà seguire nel momento in cui andrà a definirne dettagliatamente l'ambito applicativo.

Il consenso dell'avente diritto è disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 50 c.p. ed è posto in relazione con la disponibilità del diritto:

¹⁴⁰ Cfr. *supra* par. 2.2.3 del capitolo 3.

¹⁴¹ In questo senso: C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 142. Cfr. altresì M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, IV ed. rinn., Milano, Giuffrè, 2012, vol. 2, 287. Come illustra S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 214, peraltro, anche il regime di procedibilità è stato utilizzato come criterio di verifica del carattere disponibile di un diritto.

un criterio sul quale non si finisce di discutere in dottrina¹⁴², ma sul quale, almeno nel suo nucleo più classico, possono dirsi formati alcuni orientamenti abbastanza consolidati. È necessario operare così una distinzione tra reati posti a presidio di beni a titolarità pubblica o sovraindividuale, per i quali il consenso è inefficace, e beni a titolarità privata, per i quali esso può operare, oppure, più precisamente, tra reati in relazione ai quali è riscontrabile un interesse diretto dello Stato alla salvaguardia del bene in gioco, a prescindere dal punto di vista del soggetto coinvolto¹⁴³, per i quali il consenso non opera, e reati in cui il bene è protetto nell'esclusivo interesse del suo titolare¹⁴⁴ e per i quali il consenso ha naturalmente un rilievo scriminante¹⁴⁵.

Un sicuro settore elettivo dell'istituto estintivo dovrebbe essere così rappresentato dai reati contro il patrimonio¹⁴⁶, che si rivelano particolarmente adatti perché il profilo del danno in senso proprio e quello dell'offesa vengono sovente a coincidere¹⁴⁷. La riparazione dell'offesa può essere realizzata prevalentemente attraverso le condotte risarcitorie¹⁴⁸.

Potrebbero essere presi in considerazione tuttavia anche reati posti a presidio degli attributi della personalità: onore, libertà morale e personale, libertà sessuale, libertà di domicilio, se le offese sono circoscritte, non comportano un totale sacrificio dei beni predetti e non integrano

¹⁴² Cfr. D. FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, cit., *passim* (e, più nel dettaglio, a pagg. 98 e 160).

¹⁴³ Essi, a rigore, possono essere posti anche a presidio di beni individuali.

¹⁴⁴ In questi casi il bene riversa solo sul singolo la sua immediata utilità.

¹⁴⁵ In questo senso cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 213 ss.; C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 140 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 242.

¹⁴⁶ Ciò a meno che l'integrità del bene che forma oggetto del diritto patrimoniale non soddisfi anche un interesse pubblico. Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 244.

¹⁴⁷ Si condividono sul punto le considerazioni svolte da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 454.

¹⁴⁸ Come afferma anche A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 596. Nella stessa prospettiva M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 225 individua i reati patrimoniali a base non violenta come il campo privilegiato entro cui implementare gli istituti di giustizia riparativa, come ipotesi di non punibilità.

atti di disposizione contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico¹⁴⁹. I reati contro l'invioabilità dei segreti privati potrebbero essere inclusi senza limitazioni¹⁵⁰.

Il parametro offerto dall'art. 5 c.c., che pone invece espressamente gli stessi limiti agli atti di disposizione del proprio corpo¹⁵¹, deve essere a maggior ragione considerato per i reati che offendono il bene dell'integrità fisica, mentre rimarrebbero opportunamente esclusi dal campo applicativo di questa causa estintiva i reati posti a presidio degli interessi dello Stato, di ogni altro ente pubblico, della famiglia o della collettività nel suo insieme (sentimento religioso, incolumità pubblica, buon costume, tra gli altri), in via esclusiva o concorrente¹⁵².

Con riferimento all'istituto della querela, devono poter estinguersi a seguito di condotte riparatorie i reati non procedibili d'ufficio, in relazione ai quali è stato introdotto nel nostro ordinamento un limite al principio di obbligatorietà dell'azione penale e che in gran parte rientrano nelle categorie elencate esaminando l'art. 50 c.p.¹⁵³.

¹⁴⁹ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 280, analizzando il consenso dell'avente diritto. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 244, invece, elencando tra i diritti disponibili anche la riservatezza, individua un limite di misura esclusivamente con riferimento alla libertà personale.

¹⁵⁰ Cfr. sul punto A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012, 272.

¹⁵¹ Così affermano C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 143 e A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 271, tra gli altri. Come evidenzia F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 370, e come abbiamo visto nel capoverso precedente, l'art. 5 c.c. viene esteso analogicamente anche agli altri beni personalistici la cui offesa è graduabile, come la libertà e l'onore.

¹⁵² Così come non può operare il consenso dell'avente diritto per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 261; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 241; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 370; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 282.

¹⁵³ Anche qualora il legislatore, valorizzando il parametro della disponibilità di cui all'art. 50 c.p., finisca per inserire tra i reati estinguibili, nominativamente o quasi, quelli che sono procedibili a querela, riteniamo comunque utile che faccia almeno un generico riferimento ai reati procedibili a querela (non rimettibile), per evitare inutili omissioni o difetti di coordinamento tra norme.

È stato proprio quello dei reati procedibili a querela, del resto, il primo ambito in cui, nel nostro sistema, imputato e vittima hanno trovato l'occasione per un confronto conciliativo¹⁵⁴.

Non tutti i reati procedibili a querela sono però uguali.

La procedibilità a querela deve considerarsi irrilevante ai fini degli effetti estintivi della riparazione, quando lo Stato, a prescindere dalla natura dell'interesse in gioco, si ritrae unicamente per tutelare la posizione dell'offeso, cui la pubblicità del procedimento penale, con il c.d. *strepitus fori*¹⁵⁵, potrebbe recare ulteriore nocimento. La ragione è quella di non "correre il rischio di aumentare ulteriormente il danno per la persona offesa nel momento in cui contro il suo volere si proceda penalmente nei confronti del sospettato"¹⁵⁶.

La riparazione dovrebbe invece rilevare, in prospettiva di rinuncia alla pena, quando la querela è espressione della volontà del legislatore di assicurare prevalenza all'interesse privato della persona offesa dal reato, rispetto a quello pubblico alla punizione del colpevole, in rapporto a fattispecie lesive essenzialmente di beni giuridici privati¹⁵⁷ oppure in rapporto a fattispecie in cui, almeno in prima istanza, vi è una possibile "divergenza di valutazione tra l'interesse pubblico alla sussistenza del divieto e quello alla concreta repressione del fatto vietato"¹⁵⁸. Secondo un'ulteriore e diversa lettura della *ratio* della querela, la riparazione dovrebbe rilevare quando manca, o è tenue, un interesse auto-

¹⁵⁴ Come evidenza anche F. RUGGIERI, *Giudizio penale e "restorative justice": antinomia o sinergia?*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 91.

¹⁵⁵ Così M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 286. G. BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, Torino, Utet, 1915, 8, parla di una "collisione d'interessi".

¹⁵⁶ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 220. Cfr. anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 5 ss.

¹⁵⁷ Cfr. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 248; G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 126; M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 286; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 463.

¹⁵⁸ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 24, 197 ss.

mo statale all'irrogazione della sanzione ed è presente invece un interesse alla composizione del conflitto¹⁵⁹.

La remissione della querela – che, non a caso, opera soltanto nella seconda categoria di casi – trova fondamento nell'avvenuta realizzazione dell'interesse privato in forma diversa da quella del ricorso alla sanzione¹⁶⁰ ed è comprensibile che il legislatore, di fronte a questi reati, abbia previsto che si possa rinunciare alla pena, per scelta del privato, senza che ne risenta l'effettività del sistema.

In una nuova prospettiva, sempre per tali reati, non si ravvisano oggi invece ostacoli logico-sistematici che impediscano l'attribuzione al giudice, espressione dell'autorità pubblica, del potere di esercitare un ulteriore vaglio sul permanere delle ragioni per dar corso al procedimento e punire, in presenza di una condotta pienamente riparatoria posta in essere nell'interesse dell'offeso, ma che quest'ultimo non ha voluto riconoscere.

È molto interessante evidenziare come la distinzione qui operata tra i reati scriminabili con il consenso ed i reati procedibili a querela potrebbe essere superata¹⁶¹ laddove si addivenisse ad un coerente ampliamento della seconda categoria proprio ai reati che sono scriminabili in forza del consenso dell'avente diritto, affinché la procedibilità a querela possa, di regola, riflettere sul piano processuale la disponibilità del bene che l'ordinamento riconosce al suo titolare¹⁶².

¹⁵⁹ Così A. MAZZONE, *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, Milano, Giuffrè, 1987, 83. G. BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, cit., 8 s., parla esclusivamente di “insufficienza d'interesse pubblico”. B. CALDERANO, *Contributo allo studio del diritto di querela*, Cedam, Padova, 1978, 22 ss. si sofferma sulle diverse teorie elaborate in merito al fondamento della querela, facenti capo prevalentemente al criterio distintivo o della tenuità del pubblico interesse o della volontà del singolo offeso dal reato. Cfr. altresì L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 127 ss.

¹⁶⁰ Si condividono sul punto le considerazioni di A. MAZZONE, *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, cit., 84 ss. e E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, cit., 189.

¹⁶¹ Con l'eccezione, naturalmente, dei reati procedibili a querela che sono già posti a presidio di beni non disponibili.

¹⁶² La proposta è stata formulata in questi termini da F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 26 ed è stata almeno parzialmente accolta

Con l'introduzione della causa estintiva per queste categorie di reati riteniamo che il quadro potrebbe assumere un'apprezzabile coerenza.

Per i reati estinguibili, ma non procedibili a querela, sarebbe finalmente possibile dar corso ad una procedura mediativa, già sapendo che nel sistema esiste uno strumento adeguato per impedire che, in ipotesi di esito positivo, il procedimento penale debba avere ulteriore corso.

Per tutti i reati estinguibili, a prescindere dal regime di procedibilità, invece, qualora la mediazione non fosse praticabile per il rifiuto legittimamente espresso dalla vittima o, comunque, per scelta di quest'ultima, non si giungesse alla remissione della querela, si riconoscerebbe al giudice, in presenza di idonee condotte riparatorie, il potere di evitare ogni discriminazione a danno dell'autore del fatto, con la scelta ultima sulla pronuncia che estingue il reato¹⁶³.

È vero che la decisione giurisdizionale "consentirebbe di aggirare l'eventuale persistenza della volontà punitiva del privato leso dal reato"¹⁶⁴, ma l'istituto potrebbe rappresentare una buona valvola di chiusura del sistema per i reati di gravità medio bassa¹⁶⁵.

dalla legge delega 103/2017 che, all'art. 1 c. 16, prevede l'estensione della procedibilità a querela ad alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio, oggi procedibili d'ufficio. Cfr. *infra* par. 3.3.4. Sulla possibilità di estendere il numero dei reati perseguibili a querela si è soffermata anche M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 892 e G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 326.

¹⁶³ Come rileva F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 105, nella prassi, "la remissibilità della querela funziona sovente da strumento di ricatto e di negoziazione stragiudiziale". Per questa via, invece, la parola ultima viene lasciata all'autorità giudiziaria (per una più ampia riflessione sul rapporto tra la giustizia riparativa ed il compito dello Stato nell'amministrazione della giustizia, cfr. M. FERREIRA MONTE, *Diritto penale riparativo*, cit., 36 ss.).

¹⁶⁴ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 290 s., si riferisce a questa possibilità in termini problematici. Quando peraltro l'autrice parla criticamente dell'istituto come "ultima spiaggia", che prescinde dalla posizione individuale e dagli intenti dell'offeso, pare presupporre che tale sbocco processuale precluda la successiva considerazione delle pretese dell'offeso-danneggiato in sede civile. Come abbiamo visto, le Sezioni Unite della Cassazione hanno invece offerto una diversa interpretazione dell'istituto delineato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, con riferimento al rapporto tra l'azione penale e l'azione civile.

¹⁶⁵ Per i reati non estinguibili, naturalmente, un rilievo adeguato alla riparazione può essere riconosciuto in chiave di attenuazione della pena, previa modifica o introdu-

Nella prospettiva di una *restorative justice* complementare alla giustizia tradizionale è “ragionevole e giusto” che al reo basti impegnarsi per ottenere una composizione: “le conseguenze giuridiche non possono dipendere dal fatto casuale che la vittima sia disposta a entrare genericamente in contatto con il reo”¹⁶⁶. “Il giudizio circa la significatività o l’adeguatezza dello sforzo riparativo non potrà mai essere lasciato alla vittima”¹⁶⁷.

Per mezzo dell’istituto “si restituisce valore alla figura dell’offeso”, non tanto attraverso il riconoscimento di un suo potere di iniziativa, ma attraverso la valutazione del soddisfacimento del suo interesse, che il giudice è chiamato ad interpretare adeguatamente¹⁶⁸. Esso può rappresentare uno strumento idoneo a dare credito al ruolo della vittima, gestendolo però con alcune contromisure, per evitare strumentalizzazioni ed eccessivi rigorismi.

3.3.3. Presupposti applicativi dell’istituto

L’istituto estintivo da inserire nel sistema generale dovrebbe avere presupposti applicativi analoghi a quelli che caratterizzano l’art. 35 d.lgs. 274/2000. Questa norma, innovativa rispetto al contesto europeo che abbiamo considerato, presenta il grande merito di richiedere congiuntamente il risarcimento del danno civile (comprensivo delle restituzioni) ed il compimento di condotte che assumono un significato sul piano dell’offesa (la “riparazione del fatto”, secondo la concezione tedesca), definite con la formula “eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato”. Risarcimento e riparazione dell’offesa devono intervenire entrambi entro un termine massimo. A tali requisiti si associa poi il giudizio di “equivalenza sanzionatoria” al quale il giudice è chiamato, rilevante sul piano delle finalità della pena.

zione di una specifica norma che disciplini una circostanza attenuante, magari non bilanciabile, o la già descritta speciale forma di manifestazione del reato, rappresentata dal “delitto riparato”.

¹⁶⁶ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232.

¹⁶⁷ L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, cit., 529.

¹⁶⁸ Nello stesso senso cfr. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332.

La formulazione adottata nell'art. 35 d.lgs. 274/2000 riconosce la valenza punitiva della componente risarcitoria¹⁶⁹, ma il risarcimento del danno non è sufficiente per ottenere l'effetto estintivo. Dalla norma, quindi, non si origina il messaggio che la non punibilità possa essere svenduta ed acquistata¹⁷⁰.

Sul modello dell'*AE-WGM*¹⁷¹, che prevedeva infatti la possibilità di cumulare diverse prestazioni (a differenza del più criticabile § 46a StGB), per tale via si mira ad assicurare l'uguaglianza sostanziale dei cittadini davanti alla legge, anche minando le sicurezze dell'autore economicamente agiato che si illuda di compensare le conseguenze del fatto attraverso la mera corresponsione di somme di denaro.

Quanto al profilo del risarcimento, la sua integralità non dovrebbe considerarsi necessaria per l'estinzione, in particolar modo dove non sia soggettivamente possibile¹⁷². Ferma la necessità di riparare l'offesa, si potrebbero tuttavia considerare le proposte di apertura a forme di riparazione simbolica, come il lavoro a favore della comunità, da utilizzarsi in via integrativa, sull'esempio dell'*AE-WGM*¹⁷³, soprattutto proprio quando l'autore, a causa delle sue condizioni, non sia in grado di risarcire integralmente il danno¹⁷⁴.

Dato l'affiancamento al risarcimento della riparazione dell'offesa, potrebbe essere utile riconoscere espressamente, nella nuova causa

¹⁶⁹ Una componente che è anche in grado di conseguire alcuni risultati utili sul piano della soddisfazione della vittima.

¹⁷⁰ Su tale profilo cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

¹⁷¹ È proprio con riferimento al progetto tedesco che si evidenziava fermamente come la riparazione non afferisse alla sola area del diritto civile: D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 331.

¹⁷² Si condividono le preoccupazioni di R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184 e M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893. La conclusione è stata peraltro suggerita dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2015 che ha riguardato l'art. 35 d.lgs. 274/2000 e che abbiamo esaminato nel quarto capitolo, al par. 3.5.2.

¹⁷³ In base al § 3 del Progetto di riforma, un tanto è possibile nei casi di particolari condizioni economiche e personali e di colpevolezza di lieve entità.

¹⁷⁴ Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 1005; ID., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 597.

estintiva, che la componente risarcitoria della riparazione possa essere integrata anche da una prestazione di terzi nell'interesse del reo e, più in particolare, dell'assicurazione, essendo comunque sempre dovuto un contributo di natura personale sul fronte dell'offesa penale.

Una questione delicatissima è invece quella che attiene al *quantum* del risarcimento richiesto per l'estinzione, che è difficile valutare, ma che non può essere legislativamente predeterminato in modo rigido, al fine di non consentire un calcolo anticipato – rispetto al fatto di reato – della sua entità, con conseguente riduzione dell'efficacia generalpreventiva dell'istituto.

La necessità di affiancare alla prestazione risarcitoria una prestazione *lato sensu* riparatoria, però, potrebbe agevolare il diffondersi di alcuni parametri uniformi di liquidazione del danno non patrimoniale, ai quali il giudice potrà attenersi nella valutazione giudiziale della componente risarcitoria.

Per quanto attiene al profilo della riparazione dell'offesa, ciò che appare opportuno ripensare è proprio la formula adottata nell'art. 35 d.lgs. 274/2000, “eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose”, che è ancora priva di una definizione pacifica¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Come ben illustra D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 105. Sul punto cfr. altresì A. MELCHIONDA, *L'oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 102, che, in tema di oblazione, evidenzia come sussistano diverse difficoltà interpretative in ordine all'esatta individuazione di quali elementi debbano essere presi in considerazione ai fini di tale valutazione. Non meno rilevante è la questione interpretativa per la sospensione condizionale della pena. Con riferimento a questo istituto, infatti, la valorizzazione della riparazione nel suo significato più pieno – resa possibile proprio dal riferimento, contenuto nell'art. 165 c.p., all'“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”, in alternativa al risarcimento del danno – potrebbe contribuire a risolvere le incertezze che la giurisprudenza continua ad esprimere in tema di sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, in presenza di un soggetto insolubile. La Cassazione, infatti, se, in alcune occasioni, ha imposto al giudice della cognizione – a pena di illegittimità della decisione – di verificare preventivamente le condizioni economiche del soggetto destinatario del beneficio della sospensione condizionale della pena, subordinata al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, per valutare la sua concreta possibilità di sopportarne l'onere (Cass., 2 febbraio 2015, n. 21557, in Ced Cassazione 2015; Cass., 15 febbraio 2013, n. 22342, in Ced Cassazione 2013), in altre occasioni ha concluso in senso drasticamente contrario.

È vero che, favorendo una particolare lettura della nozione di “eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose” da una prospettiva che appare più coerente con quella della giustizia riparativa, si può valorizzare l’istituto che più la caratterizza, evidenziando come la mediazione stessa possa rappresentare una forma di riparazione morale nei confronti della vittima¹⁷⁶.

Più in generale, poi, con questa formula è possibile riferirsi alla riparazione in senso pieno; la riparazione che in qualche misura mira a ripristinare l’ordine violato dal reato o, come è stato affermato, a “porre rimedio alla lesione del reato”¹⁷⁷, nella prospettiva della reintegrazione del “bene pregiudicato dall’azione criminosa”¹⁷⁸, ma anche negli aspetti immateriali dell’offesa che attengono al dialogo, al rispetto, alla dignità e all’autostima della persona offesa, alla sua sofferenza fisica e psicologica¹⁷⁹.

Cfr., tra le altre, Cass., 25 marzo 2016, n. 12614, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 779; Cass., 8 maggio 2014, n. 33020, in *Ced Cassazione* 2014 (qui, la Suprema Corte ha precisato che, solo in fase esecutiva, il soggetto interessato può allegare una comprovata, assoluta, impossibilità dell’adempimento e il giudice valutare l’attendibilità e la rilevanza dell’impedimento dedotto); Cass., 25 giugno 2013, n. 38345, in *Foro it.*, 2014, II, 158. Solo una previa valutazione delle condizioni economiche del condannato può evitare che si realizzi in concreto un ingiustificato trattamento di sfavore a carico del condannato e, attraverso l’individualizzazione del giudizio in ordine alla concessione condizionata del beneficio della sospensione, l’istituto può svolgere pienamente la funzione di risocializzazione del reo che gli è assegnata. Una volta chiarito il senso dell’espressione utilizzata, però, il giudice, di fronte all’indigenza del condannato, potrebbe non dover rinunciare alla condizione, ma propendere per l’eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose e quindi per la riparazione del danno criminale in luogo di quello meramente civilistico.

¹⁷⁶ Così G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

¹⁷⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 25.

¹⁷⁸ A. MANNA, *La vittima del reato*, cit., 988. L’offesa al bene giuridico può assumere naturalmente la forma di “danno effettivo o di messa in pericolo”, come precisa D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 178.

¹⁷⁹ Cfr. sul punto F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s.

Perché possa rispondere più facilmente alle istanze della giustizia riparativa, però, la formula utilizzata nell'art. 35 d.lgs. 274/2000 dovrebbe essere più chiara: dovrebbe essere sostituita od integrata con un più preciso riferimento alle “condotte dirette a riparare l'offesa arrecata con il reato, nello sforzo di raggiungere una composizione del conflitto con la vittima/persona offesa”.

Il richiamo all'udienza di comparizione, quale limite per l'intervento delle condotte risarcitorie, dovrebbe essere sostituito con il richiamo alla dichiarazione di apertura del dibattimento, visto che l'udienza di comparizione è presente solo nel processo davanti al giudice di pace. Lo sbarramento temporale di adempimento deve essere mantenuto infatti per evitare che la scelta di riparare possa dipendere strategicamente dall'andamento del giudizio, con gravi conseguenze sul piano della tenuta generalpreventiva del sistema. E comunque per ragioni di economia processuale¹⁸⁰.

Quanto, infine, al giudizio di equivalenza sanzionatoria, il nuovo istituto lo dovrebbe includere, magari limitando il riferimento alle esigenze di carattere preventivo.

È un giudizio senza dubbio delicato ma importante per escludere ogni automatismo nell'esplicazione degli effetti estintivi e per segnare la distanza che deve rimanere tracciata tra le istanze civilistiche e quelle penalistiche. Offre al giudice un parametro utile per valutare la congruità della riparazione, coerente con il fondamento della causa estintiva, rappresentato dal soddisfacimento delle esigenze di reintegrazione giuridica sottese alla commissione del reato, sia sul versante dell'interesse privato, sia su quello dell'interesse pubblico¹⁸¹.

¹⁸⁰ Come ha rilevato E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 859, in merito alla causa estintiva operante in seno al microsistema del giudice di pace, completamente diversa è la questione concernente la possibilità che il giudice si riservi di pronunciare l'estinzione nel momento del dibattimento, in cui saranno raccolti elementi conoscitivi sufficienti per valutare la congruità del risarcimento. Lo sbarramento temporale mira a garantire che il reo è “rientrato nei ranghi”, per ragioni che precedono i meccanismi di attivazione della punibilità, come rileva S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 528.

¹⁸¹ Si condividono le considerazioni di T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 328.

Basti ricordare che è proprio valorizzando il giudizio di equivalenza sanzionatoria che la Cassazione a Sezioni Unite nel 2015, occupandosi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 e dell'interesse per la parte civile ad impugnare la sentenza dichiarativa dell'estinzione, ha rimarcato la profonda differenza esistente tra la riparazione che fonda l'estinzione del reato ed il ristoro civilistico della persona danneggiata. Ha sottolineato, infatti, come il giudice di pace sia chiamato a mettere in relazione le condotte riparatorie poste in essere dall'imputato con la gravità del fatto, per evitare che la rinuncia alla pena abbia ripercussioni negative sulla tenuta generalpreventiva del sistema, ma soprattutto a cercare in esse l'obiettivo di ricomposizione del conflitto "attraverso la compensazione dell'offesa, in modo coerente con gli obiettivi di prevenzione generale e speciale che caratterizzano l'ordinamento penale"¹⁸². Un risarcimento congruo per l'estinzione non è necessariamente integrale e la parte civile eventualmente insoddisfatta potrà agire in un autonomo giudizio civile di danno per ottenere la differenza che riterrà dovuta.

3.3.4. *L'art. 162-ter c.p. e la riforma mancata*

Dopo anni di sperimentazione condotta nel sistema del giudice di pace, con la legge 23 giugno 2017, n. 103¹⁸³, è stato introdotto nel codice penale un istituto che ricorda da vicino proprio l'art. 35 d.lgs. 274/2000¹⁸⁴.

¹⁸² Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864, che abbiamo esaminato nel quarto capitolo, al par. 3.5.2.

¹⁸³ La legge recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario" è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 4 luglio 2017 e contiene sia norme di immediata applicazione (come l'art. 162-ter c.p.) sia un'ampia delega al Governo per la modifica del codice penale (in materia di procedibilità e di misure di scurezza), del codice di procedura penale (in materia di intercettazioni ed impugnazioni) e dell'ordinamento penitenziario. I lavori preparatori sono consultabili sul sito: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;103>. Il dibattito sulla riforma è stato serrato ed ha viste coinvolte in prima fila le diverse categorie professionali. Le prospettive riformistiche sono state analizzate criticamente anche da E. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3101 ss.

Purtroppo, però, la nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie disciplinata all'art. 162-ter c.p.¹⁸⁵ lascia insoddisfatti. Si allontana infatti dal modello che abbiamo descritto sviluppando l'istituto riparativo del microsistema di pace in alcuni aspetti fondamentali, e per tale ragione risulta troppo poco coerente con le istanze della *restorative justice* e troppo poco orientata ad operare "sul piano della strumentalità verso risultati conciliativi"¹⁸⁶.

I profili del nuovo istituto su cui si concorda senza riserve sono due: il suo inquadramento dogmatico e la definizione dei termini massimi per l'adempimento.

È presumibile che non mancheranno nuove discussioni sulla possibilità di ricondurre più correttamente l'art. 162-ter c.p., come già l'art. 35

¹⁸⁴ L'istituto si affianca, oltre che all'art. 35 d.lgs. 274/2000, alle discipline delle condotte riparatorie già esistenti nell'ordinamento per specifiche ipotesi di reato: G. SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, cit., 916.

¹⁸⁵ Per comodità di consultazione si riproduce di seguito il testo della causa estintiva di cui all'art. 162-ter c.p. - *Estinzione del reato per condotte riparatorie*: "Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie".

¹⁸⁶ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 73, usa questi termini per descrivere altri strumenti, rispetto alla mediazione, che potrebbero venire in considerazione nell'ambito della giustizia riparativa.

d.lgs. 274/2000¹⁸⁷, nell'ambito delle cause sopravvenute di non punibilità, ma il legislatore si è espresso chiaramente in termini di estinzione del reato e ha operato l'inserimento del nuovo istituto nel capo I, dedicato all'estinzione del reato, del titolo VI del libro I del codice penale.

L'inquadramento scelto appare pienamente funzionale ad una celere definizione del procedimento penale, che – di fronte ad una composizione del danno da reato – ben può immediatamente arrestarsi, anche in quanto non appare più capace di promuovere il raggiungimento di un risultato di giustizia, visto che la pena si mostra priva di una effettiva giustificazione¹⁸⁸.

Sempre per ragioni di economia processuale è condivisibile che la riparazione debba intervenire nel termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento. Abbiamo già ricordato peraltro che anche sul piano delle ricadute generalpreventive sarebbe stato nocivo consentire che la scelta dell'autore di reato potesse dipendere strategicamente dall'andamento del giudizio dopo l'instaurazione dell'attività cognitiva.

Lo sbarramento temporale è superabile unicamente con un provvedimento di sospensione del processo, adottato dal giudice. All'incolpevole inadempimento della riparazione nei termini consentiti consegue infatti la possibilità, per l'imputato, di chiedere al giudice la fissazione di un termine ulteriore, non superiore a sei mesi, per il pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento, anche in forma rateale.

Quanto all'ambito applicativo dell'istituto, il giudizio è moderatamente favorevole. I reati che possono beneficiare della causa estintiva sono, condivisibilmente, quelli procedibili a querela soggetta a remissione, e quindi reati che potremmo definire "a vittima individuale". Non si è fatto però lo sforzo di andare oltre il criterio selettivo più rapido da utilizzare.

Non possiamo comunque dimenticare che i reati interessati dall'istituto sono destinati ad aumentare in attuazione della delega al Governo, conferita con questa legge, per la modifica del regime di procedibilità di alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio. In forza del-

¹⁸⁷ Cfr. *supra*, par. 3.1 del quarto capitolo.

¹⁸⁸ A. MELCHIONDA, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, cit., 94 si sofferma ampiamente su questo profilo, interrogandosi sulla legittimità di un processo che non ha alcuna rilevanza funzionale per il raggiungimento di un risultato "giusto".

l'art. 1 c. 16 della legge 103/2017 dovrebbero essere trasformati in reati procedibili a querela anche quelli

contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'art. 610 codice penale,

e i reati contro il patrimonio, salve alcune esclusioni¹⁸⁹. I reati appena elencati non coincidono con quelli per i quali può operare il consenso dell'avente diritto, individuati in questa sede come i più adeguati da considerare, ma ne costituiscono comunque una buona parte.

L'istituto può essere ricondotto nell'alveo di quelli che sono orientati ad una spontanea riparazione del danno e che consentono quindi di valorizzarla, ma la scarsa sensibilità riparativa che ha caratterizzato l'operato del legislatore è resa evidente dai requisiti applicativi che sono stati tipizzati e che si differenziano di molto da quelli che abbiamo delineato come opportuni. È qui che si impongono alcune osservazioni critiche.

Al giudice viene chiesto di verificare la riparazione *integrale* (“interamente”) del danno civile, mediante le restituzioni o il risarcimento, e la riparazione, *ove possibile*, di quello criminale, mediante l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (“ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato”).

Come emerge chiaramente dal dato normativo, non è poi imposto all'organo giudicante di svolgere il giudizio di equivalenza sanzionatoria, che – come ha messo in luce la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza 23 aprile 2015, n. 33864 – sarebbe stato fondamentale per correggere almeno alcuni effetti distorsivi della norma. Evitando ogni forma di automatismo, il giudice sarebbe stato chiamato ad una valutazione di congruità delle condotte riparatorie, condotta su due binari paralleli, non alternativi tra loro: la soddisfazione delle esigenze

¹⁸⁹ Quando la persona offesa sia incapace per età o per infermità, quando ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale, ovvero le circostanze indicate nell'art. 339 c.p., e, solo nei reati contro il patrimonio, quando il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

compensative inerenti il profilo civilistico, da un lato, e la soddisfazione di quelle preventive proprie del settore penale, dall'altro.

Ci sono delle affinità con l'istituto che vorremmo introdotto, ma i dettagli linguistici tradiscono che il legislatore italiano del 2017 appare ancorato ad una visione circoscritta e civilistica del danno e mostra una decisa preferenza per le preoccupazioni meramente compensatorie della persona offesa, rispetto alle sue esigenze *lato sensu* riparatorie.

La riparazione materiale, che si attua mediante la corresponsione di una somma di denaro quale corrispettivo per il danno subito, non è priva di importanza per la vittima, anche in prospettiva conciliativa, ma non esaurisce la complessità dei contenuti della riparazione, soprattutto in ambito penale, dove l'offesa non coincide con il danno civile e non può essere semplicemente monetizzata.

Perché possa applicarsi l'art. 162-*ter* c.p. è necessaria innanzitutto la riparazione del danno attraverso il risarcimento o le restituzioni.

È pur vero che ad essa si deve affiancare l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, che apre le porte a condotte riparatorie rilevanti sul piano dell'offesa e può ridurre il rischio di monetizzazione della giustizia penale insito in un istituto così modellato, ma l'introduzione della formula "ove possibile" indebolisce di molto la portata precettiva di questa parte della norma, già di difficile interpretazione.

La riparazione nella forma del risarcimento è il vero (e forse unico) presupposto della causa estintiva. Infatti, il risarcimento deve essere versato sempre, e non solo "ove possibile", e soprattutto deve essere "integrale", con tutti i problemi che ne discendono sul fronte della possibile discriminazione dei soggetti non abbienti.

La forte preoccupazione risarcitoria è dimostrata anche dal riferimento espresso, operato dalla norma, all'offerta reale di cui agli artt. 1208 e seguenti del codice civile, e quindi alla rigida disciplina dettata in sede civilistica, per l'ipotesi in cui l'offerta risarcitoria non sia stata accettata dal creditore. Il richiamo lascia intendere come non sia sufficiente che l'imputato porti con sé in udienza il denaro offerto in risarcimento, qualora la persona offesa non lo abbia accettato o non lo accetti.

Ad essere precisi, anche solo una maggior attenzione alle conseguenze processuali di un determinato inquadramento dogmatico dell'istituto ispirato ad esigenze riparatorie ed ai già numerosi arresti giurisprudenziali che hanno consentito di offrire un quadro interpretativo abbastanza chiaro della norma che disciplina la causa di estinzione in seno al sistema del giudice di pace avrebbe permesso di tratteggiare un istituto decisamente più idoneo a rispondere ad una pluralità di esigenze. Basti ricordare quanto sia difficile per il giudice penale, prima della conclusione del dibattimento, valutare se un risarcimento possa dirsi o meno integrale e, comunque, basti considerare quanto già illustrato in merito al fatto che le sentenze di proscioglimento per estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie non dovrebbero statuire sulla responsabilità dell'imputato, non rivestirebbero autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e quindi non potrebbero produrre effetti negativi per la parte civile¹⁹⁰.

Dal punto di vista dei fautori della giustizia riparativa le prospettive che si aprono con un istituto così strutturato non sono incoraggianti.

I principi della *restorative justice*, “che esigono un impegno di carattere *personale* in favore della vittima e dei beni aggrediti”¹⁹¹ sono ben poco valorizzati dall'art. 162-ter c.p., che ha una caratterizzazione prioritariamente risarcitoria e restitutoria.

È paradossale allora che le voci di soggetti che rivestono ruoli istituzionali, alzatesi a difesa della riforma in risposta ad un attacco mediatico che è stato sferrato da organizzazioni impegnate sul tema delle politiche di genere, abbiano invocato salvificamente proprio la giustizia riparativa, nel cui ambito il nuovo istituto si collocherebbe¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr. *supra* par. 3 del quarto capitolo.

¹⁹¹ L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 105, riferendosi, peraltro, all'art. 35 d.lgs. 274/2000.

¹⁹² Un esempio è rappresentato dall'intervento di D. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche* (2017), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3, la quale si sofferma anche sul fatto che la previsione normativa sarebbe frutto dei lavori della Commissione Fiorella, che “aveva proposto tale soluzione sia con intenti deflattivi ma soprattutto perché in grado di favorire e promuovere un dialogo costruttivo e di riconciliazione tra autore e vittima del reato”. Ad essere

È vero che con l'introduzione dell'art. 162-ter c.p. non si assiste ad una depenalizzazione di fatto del reato di atti persecutori (procedibile, in determinati casi, a querela) e che il giudice può garantire un'applicazione cauta dell'istituto nei casi di *stalking*¹⁹³, ma i difetti che caratterizzano l'istituto rendono poco credibile l'affermazione per la quale esso possa segnare

una graduale introduzione nella cultura degli operatori del diritto penale di quel virtuoso confronto tra vittima e autore, di quella mediazione penale, verso la quale sempre più istituzioni europee spingono il legislatore nazionale¹⁹⁴.

È la dimostrazione che al tema si dedica troppo spesso uno sguardo superficiale.

precisi, però, la Commissione Fiorella in data 23 aprile 2013 aveva licenziato un testo della causa estintiva che non richiedeva il giudizio di equivalenza sanzionatoria, ma che si differenziava almeno per due profili dal testo dell'articolo oggi introdotto: non parlava di risarcimento integrale e richiedeva sempre (non solo "ove possibile") l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose: "Articolo 162-ter. - (Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie). - Per i delitti procedibili a querela, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha proceduto, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Qualora l'imputato dimostri di non avere potuto procedere agli adempimenti di cui al comma precedente, può chiedere al giudice di provvedervi in un tempo non superiore a un anno, anche tramite pagamento rateale; in tal caso, il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo, fissando una nuova udienza non oltre un anno dalla richiesta, imponendo, se necessario, specifiche prescrizioni. In tal caso, il corso della prescrizione resta sospeso. Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito delle condotte riparatorie".

¹⁹³ Non è assolutamente condivisibile, poi, la considerazione secondo la quale (D. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche* (2017), cit., 3), per non applicare l'istituto agli atti persecutori, ci si potrebbe limitare ad affermare di non poter quantificare *ex ante* il danno da reato, visto che non si tratta di un delitto che si presta ad una semplice ed istintiva individuazione del danno da reato. Basti pensare all'ipotesi di un'offerta risarcitoria sproporzionata per eccesso, ancorché proveniente da soggetto molto abbiente: è ben difficile che il giudice, con queste argomentazioni, possa rifiutare l'applicazione della norma.

¹⁹⁴ D. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking*, cit., 3.

L'auspicio non può allora che essere quello di un intervento correttivo da apportare in sede legislativa.

Solo più ottimisticamente, invece, confidando nella capacità della *restorative justice* di imporsi per ragioni che vanno oltre il dato normativo, non è da escludersi che una giurisprudenza già culturalmente sensibile e formata alla giustizia riparativa possa semplicemente sfruttare questo ulteriore spazio che si è creato nel sistema per favorire realmente il componimento delle controversie. Interpretando in chiave relazionale le conseguenze dannose o pericolose da eliminare, la giurisprudenza potrebbe valorizzare le condotte riparatorie che si esprimono nella ricerca di un confronto, di un dialogo e che testimoniano il riconoscimento della vittima, come persona¹⁹⁵.

4. La giustizia riparativa tra suggestioni, rischi e vie concretamente percorribili

Fin dalle prime pagine di questo lavoro si è posto l'accento sulla complessità della materia che ci si trovava ad indagare.

In tale complessità si individuano due fronti contrapposti.

Da una parte, si ha l'impressione che alcuni sostenitori della giustizia riparativa preferiscano rifugiarsi in una sorta di "nicchia giuridica, presuntivamente depositaria di una sorta di messaggio messianico (meta-penalistico) in nome del quale superare i canoni della giustizia penale tradizionale"¹⁹⁶.

Dall'altra parte, quella istituzionale, vi sono ancora troppe resistenze opposte da coloro che sono seriamente preoccupati dei rischi connessi

¹⁹⁵ Con questa interpretazione, le conseguenze dannose o pericolose potrebbero essere effettivamente eliminate solo in presenza di una disponibilità all'incontro ed all'accoglienza manifestata dalla persona offesa, che ben potrebbe invece rifiutare di entrare nuovamente in relazione con il reo. Solo in tal senso, allora, la precisazione "ove possibile" – lungi dallo sminuire l'importanza dello sforzo necessariamente richiesto a colui che vorrebbe avvalersi della causa estintiva – apparirebbe decisamente opportuna, non potendo l'imputato vedersi preclusa l'estinzione in conseguenza della volontà contraria della persona offesa.

¹⁹⁶ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 13.

alla giustizia informale, non appena essa viene ad essere innestata in quella tradizionale.

È possibile far convivere logica giudiziaria e logica riparativa?

Non si tratta di una sfida semplice, ma si tratta, comunque, di una sfida decisamente opportuna, se lanciata con le dovute cautele, perché la prospettiva da seguire non può che essere quella di una giustizia riparativa che si coordina con quella penale, ne sostituisce alcuni meccanismi, ne elide le componenti più brutali, “senza metterne in discussione la validità dei precetti”¹⁹⁷.

Chi pretenda delle prove scientifiche in materia non può che andare incontro ad una delusione. Del resto “anche quando ci muovevamo nell’orizzonte culturale della prima modernità con le connesse pretese di scientificità forte”, quali prove scientifiche siamo riusciti ad offrire del fatto “che la pena tradizionale produce effetti di prevenzione generale e/o speciale?”¹⁹⁸.

Sul piano della deterrenza, la sanzione penale classica è rimasta estranea a verifiche sulla sua efficienza psicologica e sociale e, su quello della rieducazione, il nostro sistema sanzionatorio è stato sconfitto da persistenti elevati tassi di recidiva, quando addirittura non viene visto “con diffidenza in nome di un’assoluta intangibilità della personalità”¹⁹⁹.

Così, in luogo di prove scientifiche, abbiamo cercato delle argomentazioni coerenti e delle ipotesi praticabili, mettendo anche in discussione il modello punitivo tradizionale e ponendo l’attenzione sulla molteplicità degli obiettivi significativi che la *restorative justice* può contribuire a raggiungere, facendo convergere almeno tre diversi punti di osservazione: quello della vittima, quello del reo e quello dell’efficienza del sistema.

La vittima svolge un ruolo fondamentale. Quando si affrontano queste tematiche e la si assume a protagonista, ancorché secondaria, del meccanismo punitivo, però, si deve dare spazio al suo senso di auto-responsabilità nel dominio della giustizia penale. L’apertura di credito nei confronti di chi ha subito il reato può essere rischiosa per il reo e,

¹⁹⁷ G. MANNOZZI, *La “visione” di Raffaello*, cit., 238.

¹⁹⁸ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Nota introduttiva*, cit., 9.

¹⁹⁹ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 78.

come tale, non può essere incondizionata²⁰⁰. Se, quindi, è necessario tener ben presente che “non è solo l’autore, ma anche la vittima che deve essere educata, affinché non chieda una risposta meramente retributiva”²⁰¹, e quindi che deve essere “risocializzata”²⁰², nel frattempo, come abbiamo illustrato, si devono cercare dei correttivi, che potrebbero anche contribuire a tale scopo. Se, nell’interazione tra i sistemi, la giustizia punitiva rimane sullo sfondo di quella riparativa come incentivo, dal lato dell’autore, per favorire una soluzione conciliativa²⁰³, è bene pensare ad un incentivo anche per la vittima.

Un’adeguata disciplina delle condotte riparatorie, diversa almeno parzialmente da quella introdotta nella parte generale del codice penale, può rappresentare una risposta al problema. Non vi è dubbio, infatti, che lo Stato non può imporre il perdono, ma solo favorirlo, come non può certo imporre questo paradigma alternativo della giustizia penale²⁰⁴; tuttavia esso non può certo rimanere indifferente rispetto a rei che si attivino, con condotte positive, per cercare un dialogo con la vittima, riparando l’offesa, in senso complesso.

Proprio grazie alla connessione tra la mediazione penale, finalmente disciplinata, ed un istituto ben congegnato in materia di riparazione – che il giudice è chiamato ad applicare previa verifica rigorosa dei suoi presupposti – il modello si allontana da pericolose forme di privatizzazione della giustizia penale²⁰⁵, senza perdere la sua prima vocazione:

²⁰⁰ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 117, parla di “piste molto scivolose”.

²⁰¹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954.

²⁰² L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 468 s. evidenzia come si stiano facendo strada paradigmi simili a quelli tradizionalmente rivolti al reo, sulla scia dell’art. 27 Cost.

²⁰³ In tal senso si esprime R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 107.

²⁰⁴ Così, condivisibilmente, F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 67.

²⁰⁵ Come evidenzia M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1060, è il momento autoritativo che continua a distinguere nettamente il processo penale da quello civile. Sulla necessità di mantenere la distinzione tra diritto civile e diritto penale si sofferma anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14, 21.

quella di contribuire “alla moderna tendenza verso una umanizzazione del diritto penale”²⁰⁶, che giovi contestualmente al reo ed all’“interesse” della vittima.

Gli entusiasmi, però, non vanno troppo incoraggiati, pena il rischio di rimanere delusi di fronte alle inevitabili difficoltà che già hanno cominciato ad emergere; di sottovalutare i limiti – anche sul terreno dell’ambito operativo – che gli strumenti analizzati presentano o, con effetti ancora più gravi, i rischi cui essi sono esposti sul piano delle garanzie.

“Mediazione e giustizia riparativa”, come è stato affermato, “non sono – non saranno mai – la *parola ultima* sulla domanda di giustizia”, una domanda che invero eccede “qualsiasi umana parola (o umana intrapresa)”, ma alla quale si deve cercare di rispondere²⁰⁷. Essi sono solo “un abbozzo di risposta a partire dal sentimento di ingiustizia”²⁰⁸.

Questa risposta presenta però dei tratti originali e, quando si inserisce nel contesto della giustizia penale istituzionale, deve essere adeguatamente declinata secondo le categorie penalistiche. Se il modello penale illuministico può avere erroneamente creduto di razionalizzare le passioni degli individui in uno schema coerente di diritti e di doveri, è anche vero che proprio grazie a tale modello si sono affermati dei principi irrinunciabili per la giustizia penale (legalità, proporzione, non colpevolezza). Non si tratta di scegliere da che parte stare, ma di tentare di tratteggiare un disegno d’insieme, includendo nella riflessione penale elementi innovativi provenienti da varie prospettive di analisi solo in apparenza eterodosse²⁰⁹.

²⁰⁶ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 26.

²⁰⁷ M. FERREIRA MONTE, *Diritto penale riparativo*, cit., 30 ricorda come il senso di giustizia vada perseguito in ogni conflitto, “radicandosi nella natura e nella dignità della persona”.

²⁰⁸ C. MAZZUCATO, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia*, cit., 192.

²⁰⁹ D. CASTRONUOVO, *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e tecniche deflative*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 211, afferma: “Si tratta, talvolta, anche di sporcarsi le mani col “nuovo”, di confrontarsi con esso: per vincere una ortodossia che, altrimenti, sembra condannarsi, da se medesima, al nulla”.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, Verlag C.H. Beck, 1992.
- AA.VV., *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Milano, Vallardi, 1921.
- AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004.
- AERTSEN I., WILLEMSSENS J., *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, n. 9, 291 ss.
- AGHINA E., *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 44 ss.
- AGUILERA MORALES M., *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, in *Revista Electrónica de Derecho (REDUR 9)*, dic. 2011, 127 ss.
- AIMONETTO M.G., *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, in *Ind. Pen.*, 1995, n. 1, 185 ss.
- AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, 99 ss.
- ALASTUEY DOBÓN M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanchí, 2000.
- ALBAMONTE E., *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, in *Riv. Pen.*, 2002, 857 ss.
- ALBERTI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 405 ss.
- ALBERTI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- ALEXANDER N., GOTTWALD W., TRENCZEK T., *Mediation in Germany. The Long and Winding Road*, in N. ALEXANDER (ed. by), *Global Trends in Mediation*, II ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 223 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARD P., NORTHEY W., *Christianity: the Rediscovery of Restorative Justice*, in M.L. HADLEY (ed. by), *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, Albany, State University of New York Press, 2001, 119 ss.
- ALLEGREZZA S., *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 3 ss.
- ALONSO SALGADO C., TORRADO TARRÍO C., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?*, in R. CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, 567 ss.
- ALTENHAIN K., *Absprechen in German Criminal Trials*, in S.C. THAMAN (ed. by), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, 157 ss.
- AMATO G., *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 124 ss.
- AMATO G., *Dibattimento snello ma senza riti alternativi*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 117 ss.
- AMATO G., *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 112 ss.
- AMBROISE-CASTEROT C., BONFILS P., *Procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- AMODIO E., *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2013, 1 ss.
- ANNUNZIATA L., *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 101 ss.
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, Istituto Italiano Arti Grafiche, 1930.
- ANTONINI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, Giuffrè, 1990.
- APRATI R., *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1317 ss.
- APRILE E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1722 ss.
- APRILE E., *La competenza penale del giudice di pace*, II ed., Milano, Giuffrè, 2007.

- ARIOLLI G., *È inammissibile l'impugnazione della parte civile avverso la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Cass. pen.*, 2015, 3936 ss.
- ARIOLLI G., *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2009.
- ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.
- ARMONE G., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, IV, 204 ss.
- ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, Bononia University Press, 2009.
- BACCARI G.M., *Gli aspetti processuali della competenza penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 125 ss.
- BACHMAIER L., DEL MORAL GARCÍA A., *Criminal Law in Spain*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- BALDI F., *La particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 81 ss.
- BANNENBERG B., *Victim-Offender Mediation in Germany*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 251 ss.
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano Giuffrè, 2006.
- BARONA VILAR S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- BARTOLI R., *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 377 ss.
- BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 96 ss.
- BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.
- BARTOLI R., *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 101 ss.

- BARTOLI R., *L'irrelevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss.
- BARTOLI R., *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 661 ss.
- BARTOLI R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172 ss.
- BATTAGLINI G., *Il diritto di querela*, Torino, Utet, 1915.
- BAZEMORE G., WALGRAVE L., *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in ID. (ed. by), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Arm of Youth Crime*, Monsey, Criminal Justice Press, 1999, 45 ss.
- BELLUTA H., *Archiviazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 141 ss.
- BENEDETTI E., PISAPIA G.V., *Comma 7. La prescrizione a favore della vittima di reato nell'affidamento in prova al servizio sociale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 181 ss.
- BERNARDI A., *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 113 ss.
- BERTOLINI B., *Esistono forme autentiche di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione* (2014), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- BIANCHI D., *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 341 ss.
- BIANCHI D., *Sull'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento per avvenuta riparazione del danno ex art. 35 d.lgs. 274/2000* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- BIONDI G., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- BISORI L., *L'insolvenza fraudolenta*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. I delitti contro il patrimonio*, Torino, Utet, 2011, vol. X, 626 ss.
- BLUME LEONARD P., *An Introduction to Restorative Justice*, in E. BECK, N.P. KROPF, P. BLUME LEONARD (ed. by), *Social Work and Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 31 ss.

- BOLOGNA M., *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 749 ss.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, 2010.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation sociale et pénale*, in AA.VV., *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Editions ères, 2002, 15 ss.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros-alternatives, 1992.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 21 ss.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss.
- BONINI V., *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 249 ss.
- BOUCHARD M., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 28 ss.
- BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. Giust.*, 1992, n. 3-4, 770 ss.
- BOUCHARD M., *La riparazione come risposta all'ingiustizia*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 81 ss.
- BOULISSET P., *Guide de la médiation*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2006.
- BOULOC B., *Procédure pénale*, XXV ed., Paris, Ed. Dalloz, 2016.
- BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- BRAITHWAITE J., *Principles of Restorative Justice*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 1 ss.
- BRICOLA F., *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1459 ss.
- BRICOLA F., *Intervento sul tema: "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, 31 ss.
- BRICOLA F., *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.

- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, 179 ss.
- BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1968, vol. XIV, 588 ss.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1475 ss.
- BRIDDA G., *Diffamazione a mezzo stampa*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 531 ss.
- BRONZO P., GALLUCCI E., *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsosa, 2000, 39 ss.
- BROWNE G., *Why Victims' Voices Matter in Criminal Justice Policy and Reform*, in T. GAVRIELIDES (ed. by), *A Victim-led Criminal Justice System: Addressing the Paradox*, London, IARS, 2014, 9 ss.
- BRUNELLI D., *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 117 ss.
- BRUNELLI D., *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 401 ss.
- BRUNELLI D., *L'attività del giudice di pace nell'ambito penale: peculiarità e linee evolutive*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Il giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2017, 59 ss.
- BRUNELLI D., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla "certezza" della esecuzione*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 77 ss.
- BRUNELLI F., *La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 189 ss.
- BRUTTI C., BRUTTI R., *Sul testo di Giovanni Rossi*, in ID. (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 67 ss.

- BUBER M., *Il principio dialogico e altri saggi*. Edizione italiana a cura di Andrea Poma, Milano, Ed. San Paolo, 1993.
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 3 ss.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012.
- CAGOSSI M., *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 153 ss.
- CAIANIELLO M., *Notazioni comparate*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 183 ss.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CALABRESI G., *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 413 ss.
- CALDERANO B., *Contributo allo studio del diritto di querela*, Padova, Cedam, 1978.
- CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, vol. II, 1 ss.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- CAPPONI B., *Art. 36*, in M. ACONE, B. CAPPONI, C. CECHELLA, G. MANZO, *Il giudice di pace. Commento alla legge n. 374/1991*, Napoli, Jovene, 1992, 237 ss.
- CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 ss.
- CAPRIOLI F., *Esercizio dell'azione penale: soggetti, morfologia, controlli*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 165 ss.
- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994.
- CAPRIOLI F., *La funzione d'accusa nel procedimento di pace: coordinate sistematiche e prassi applicative*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura

- di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 129 ss.
- CAPRIOLI F., MELILLO G., RUGGIERI F., SANTALUCIA G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496 ss.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009.
- CARAVITA DI TORITTO B., *Il giudice onorario nella prospettiva costituzionale* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 31 ss.
- CARCANO D., *Archiviazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 167 ss.
- CARIO R., *Justice restaurative*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- CASADO CORONAS C., *Restorative Justice: an Agenda for Europe. Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe (Final Report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147)* (2008), in <http://www.euforumrj.org>.
- CASAROLI G., *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 560 ss.
- CASAROLI G., *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Indice pen.*, 1990, 277 ss.
- CASTELLI S., *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortina Ed., 1996.
- CASTRONUOVO D., *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e tecniche deflative*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 203 ss.
- CATALDO M.E., *Il procedimento penale davanti al giudice di pace in Spagna*, in *Indice pen.*, 2001, 919 ss.
- CAUTERUCCIO R., *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1293 ss.
- CAVALLA F., *La pena come riparazione*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 1 ss.
- CERESA-GASTALDO M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415 ss.
- CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 6, 772 ss.
- CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 2008, 1, 201 ss.

- CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 65 ss.
- CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 19 ss.
- CERETTI A., *Percorsi del riconoscimento: i rei*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 75 ss.
- CERETTI A., *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 85 ss.
- CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Bari, Cacucci Ed., 2015.
- CERVETTI F., SPRIANO M., *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, Giappichelli, 2006.
- CESARI C., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 727 ss.
- CESARI C., *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2013, 15 ss.
- CESARI C., *La particolare tenuità del fatto*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 325 ss.
- CESARI C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CHIARLONI S., *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 34 ss.
- CHIARLONI S., *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.*, 1989, V, 14 ss.
- CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, VI ed., Torino, Utet, 2015.
- CHIAVARIO M., *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.
- CHIAVARIO M., *La Justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, pp. 27 ss.
- CHIAVARIO M., *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 407 ss.
- CHICCO D., *Abbandono di minori o incapaci*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 409 ss.

BIBLIOGRAFIA

- CHICCO D., *Minaccia*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 613 ss.
- CHINDEMI D., *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 01, 198 ss.
- CHINNICI D., *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, in *Indice Pen.*, 2007, 483 ss.
- CHRISTIE N., *Conflicts as Property (1977)*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 19 ss.
- CIAPPI S., COLUCCIA A., *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, Franco Angeli, 1997.
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CINGARI F., *La competenza penale del giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2001, 373 ss.
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato (2012)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- CLAMP K., PATERSON C., *Restorative Policing. Concepts, theory and practice*, London & New York, Routledge, 2017.
- COLAMUSSI M., *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, n. 6, 123 ss.
- COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Padova, Cedam, 2010.
- COMI V., *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in C. SANTORIELLO (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali. Tomo II*, Torino, Giappichelli, 2010, 3 ss.
- CORDERO F., *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 665 ss.
- CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1760 ss.
- COSI G., *Introduzione*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, VII ss.
- COSI G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 2007.
- DALY K., *Restorative Justice. The Real Story*, in E. McLAUGHLIN, R. FERGUSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 195 ss.
- DANOVI F., FERRARIS F., *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, Giuffrè, 2013.

- DARAIO G., *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 357 ss.
- DE AMICIS G., *Un’authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, n. 15, 26 ss.
- DE FRANCESCO A., *L’erosione del principio della direzione delle indagini e del monopolio nell’azione penale del pubblico ministero nel procedimento penale avanti al giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2003, 167 ss.
- DE FRANCESCO G., *“Interpersonalità” dell’illecito penale: un ‘cuore antico’ per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, 854 ss.
- DE FRANCESCO G., *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Leg. Pen.*, 2001, 193 ss.
- DE FRANCESCO G.V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Ed. Scientifica, 2013, 15 ss.
- DEL TUFO M., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.
- DEL TUFO M., *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 107 ss.
- DEL TUFO M., *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990.
- DEL TUFO M., *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 996 ss.
- DELLA BELLA A., *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 377 ss.
- DELLA TORRE L., *Attuazione di meccanismi di “restorative justice” in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1943 ss.
- DERVIEUX V., *Il processo penale in Francia*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d’Europa*, Padova, Cedam, 2001, 103 ss.
- DESORTES F., LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, III ed., Paris, Ed. Economica, 2013.
- DESORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, XVI ed., Paris, Ed. Economica, 2009.

BIBLIOGRAFIA

- DI BUGNO C., *Competenza per materia*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 43 ss.
- DI CHIARA G., *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 311 ss.
- DI CHIARA G., *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 377 ss.
- DI CHIARA G., *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 500 ss.
- DI GIOVINE O., *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. pen.*, 2016, 807 ss.
- DI MAJO A., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 1856 ss.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, Giuffrè, 1998.
- DI MARTINO A., *Sanzioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 435 ss.
- DIES R., *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- DIOTALLEVI G., *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cass. pen.*, 1998, 2806 ss.
- DIOTALLEVI G., *Soggetti, giurisdizione e competenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 24 ss.
- DOLCINI E., *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1369 ss.
- DONINI M., *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 221 ss.
- DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

- DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, vol. II, 889 ss.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice pen.*, 2003, 75 ss.
- DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.
- DOVERE S., *Oblazione: applicabilità anche ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470 ss.
- DREYER E., *Droit pénal général*, III ed., Paris, LexisNexis, 2014.
- DREYER E., *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *JCP-La Semaine Juridique - édition Générale*, n° 14, 2008, 21 ss.
- DÜNKEL F., *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 117 ss.
- DUSSICH J.P., SCHELLENBERG J. (ed. by), *The Promise of Restorative Justice. New Approaches for Criminal Justice and Beyond*, Boulder Colorado, London, Lynne Rienner Publishers, 2010.
- ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1061 ss., traduzione ad opera di D. Fondaroli, del contributo: *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, in U. IMMENGA, W. MÖSCHEL, D. REUTER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, 1005 ss.
- ESER A., *Giustizia penale "a misura d'uomo". Visione di un sistema penale e processuale orientato all'uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1063 ss.
- ESTIRADO DE CABO C., *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 207 ss.
- EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.
- EUSEBI L., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, 637 ss.

- EUSEBI L., *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene? Introduzione*, in L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, 3 ss.
- EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 55 ss.
- EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 17 ss.
- EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 527 ss.
- EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 97 ss.
- EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, 1109 ss.
- EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.
- EUSEBI L., *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 55 ss.
- FAGET J., *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, in M. JACCOUD (sous la direction de), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris, L'Harmattan, 2003, 227 ss.
- FAGET J., *La double vie de la médiation*, in *Droit et Société*, 1995, n. 29, 25 ss.
- FAGET J., *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre*, in *Déviance et Société*, 1993, 221 ss.
- FAGET J., *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 75 ss.
- FAGET J., *Les "accommodements raisonnables" de la médiation pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2009, 981 ss.

- FAGET J., *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, in P. MARY (sous la direction de), *Travail d'intérêt général et médiation pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 67 ss.
- FAGET J., *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, in I. AERTSEN, T. DAEMS, L. ROBERT (ed. by), *Institutionalizing Restorative Justice*, Cullompton, Willan, 2006, 151 ss.
- FALCINELLI D., *Il diritto penale della vittima del reato*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017.
- FARALDO CABANA P., *Modifiche nel sistema delle sanzioni nella riforma penale spagnola del 2015*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2015, n. 1, 53 ss.
- FATTAH E.A., *Criminology: Past, Present and Future*, Houndmills (and oth.), Macmillan, 1997, 148.
- FEIJOO SÁNCHEZ B.J., *Atenuantes*, in J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica Jurisprudencial del Código Penal: Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, Madrid, Bosch, 2006, 97 ss.
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 9 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1990.
- FERRANTI D., *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della Direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, 3415 ss.
- FERRANTI D., *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche (2017)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- Ferreira Monte M., *Diritto penale riparativo*, in *Criminalia*, 2013, 29 ss.
- FIANDACA G., *Diritto penale e processo*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 65 ss.
- FIANDACA G., *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune (2001)*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 145 ss.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 138 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tomo II. I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2015.
- FIANDACA G., VISCONTI C., *Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 7 ss.

- FIDELBO G., GALLUCCI E., *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2002, 7 ss.
- FIDELBO G., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 32 ss.
- FIDELBO G., *Ricorso immediato al giudice*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 215 ss.
- FILIPPI L., *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845 ss.
- FILIPPI L., *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 265 ss.
- FIGORE C., FIGORE S., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, 2016.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 63° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2016.
- FLOR R., MATTEVI E., *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- FLORA G., *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2001, 1201 ss.
- FLORA G., *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 149 ss.
- FODDAI M.A., *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, in ID. (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 53 ss.
- FOLEY T., *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Oxfordshire, New York, Routledge, 2016.
- FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999.
- FONDAROLI D., *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, in M. MANZIN (a cura di), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Trento, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2002, 103 ss.
- FONDAROLI D., *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del "danno da reato"*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato*

- della legge penale*”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali, Padova, Cedam, 2011, 29 ss.
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993.
- FORNASARI G., *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 69 ss.
- FORTI G., *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 283 ss.
- FRATUCELLO S., *Quale giudice è competente per il reato di lesioni colpose gravi e gravissime, commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, n. 6, 591 ss.
- FREIRE PÉREZ R.M., *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, in R. SÁEZ VALCÁRCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 87 ss.
- FRIGO G., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in A. CALORE, A. SCIUMÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, Giuffrè, 2013, 183 ss.
- GALAIN PALERMO P., *¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*, in M. ONTIVEROS ALONSO, M. PELÁEZ FERRUSCA (coord.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, 493 ss.
- GALAIN PALERMO P., *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2016.
- GALAIN PALERMO P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- GALAIN PALERMO P., *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*, in *Revista penal*, 2009, n. 24, 71 ss.
- GALAIN PALERMO P., *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 21 ss.

- GALANTINI N., *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 217 ss.
- GALATI M.L., *La probation nei modelli processuali anglosassoni ed europei*, in M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, Giuffrè, 2015, 129 ss.
- GALLUCCI E., *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2002, 14 ss.
- GALLUCCI E., *Giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 41 ss.
- GALLUCCI E., *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 33 ss.
- GAMBARDELLA M., *Una depenalizzazione a due marce*, in M. DANIELE, P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, 3 ss.
- GAMBERINI G., *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 159 ss.
- GARCÍA ALBERO R., *La suspensión de la ejecución de las penas*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, 143 ss.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN J., *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2010, IV, n. 3, 143 ss.
- GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 577 ss.
- GAROFALO R., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1887.
- GARUTI G., *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 139 ss.
- GARUTI G., *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della di-*

- screzionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 103 ss.
- GASCÓN INCHAUSTI F., VILLAMARÍN LÓPEZ M.L., *Criminal Procedure in Spain*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 541 ss.
- GASPARINI I., *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1982 ss.
- GATTI U., MARUGO M.I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 87 ss.
- GAVRIELIDES T., *The Sceptic and the Believer: The Psychology of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *The Psychology of Restorative Justice. Managing the Power Within*, Surrey, Ashgate, 2015, 247 ss.
- GAVRIELIDES T., *Restorative Justice Theory and Practice*, Helsinki, European Inst. for Crime Prevention and Control, 2007.
- GIARDA A., *Principi e regole del "procedimento"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 69 ss.
- GIBBS J.L., *The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes*, in *Africa: Journal of the International African Institute*, 1963, vol. 33, n. 1, 1 ss.
- GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.
- GIUNTA F., *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Critica dir.*, 2004, 264 ss.
- GIUNTA F., *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 399 ss.
- GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 343 ss.
- GIUNTA F., *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 101 ss.
- GORDILLO SANTANA L.F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- GRILLO P., *La parte civile dal giudice di pace: nessuna impugnazione contro il proscioglimento 'riparativo'*, in *Diritto e giustizia*, 2015, n. 30, 11 ss.

- GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517 ss.
- GROSSO C.F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 99 ss.
- GRUNVALD S., DANET J., *La composition pénale. Une première evaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004.
- GUERRA S., *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 497 ss.
- GUINCHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, X ed., Paris, LexisNexis, 2014.
- GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, Aracne, 2013.
- GULOTTA G., *La vittima*, Milano, Giuffrè, 1976.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, ed. it. a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009.
- HARRIS M.K., *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice (1991)*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 31 ss.
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Verlag C.H. Beck, 1981.
- HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss.
- HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 417 ss.
- HASSEMER W., MUÑOS CONDE F., *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, traduzione ad opera di D. Siracusano, del volume: *Warum Strafe sein muss. Ein Plaedoyer*, Berlin, Ullstein Buchverlage GmbH, 2009.
- HAYDEN A., *Reflections on Family Violence and Restorative Justice: Addressing the Critique*, in A. HAYDEN, L. GELSTHORPE, V. KINGI, A. MORRIS (ed. by), *A Restorative Approach to Family Violence*, Farnham, Ashgate, 2014, 211 ss.

- HERRERO PEREZAGUA J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- HIRSCH H.J., *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal* (1989), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo III, 171 ss.
- HIRSCH H.J., *El tratamiento de la criminalidad de bagatella en la República Federal Alemana* (1980), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo II, 245 ss.
- HIRSCH H.J., *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 277 ss., traduzione ad opera di G. Fornasari del contributo: *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, ZStW, 1990, 534 ss.
- HIRSCH H.J., *Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 377 ss.
- HULSMAN L., *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 71 ss.
- HULSMAN L., *Alternative alla giustizia criminale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 305 ss.
- HULSMAN L., BERNAT DE CELIS J., *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 1982.
- IACOBONI A., *La competenza penale del giudice di pace*, in *Foro it.*, 2001, V, 61 ss.
- INGENITO M., *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale spagnolo: un revirement garantista*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 354 ss.
- JACQUOT S., CHARPENEL Y., *La justice réparatrice*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- JARVERS K., *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. La prospettiva tedesca*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 1 ss.
- JECKEL I., *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, Frankfurt am Main, Lang, 2003.
- JESCHECK H.H., *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, Cedam, 2003, 1 ss.
- JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° Auf. (neubearb.), Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

- JOHNSTONE G., VAN NESS D.W., *The Meaning of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 5 ss.
- JOHNSTONE G., *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, in ID. (ed. by), *A Restorative Justice Reader. Texts, Sources, Context*, Cullompton, Willan, 2003, 1 ss.
- JOHNSTONE G., *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in H.V. MILLER (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008, 59 ss.
- JULLION D., *Victim-Offender Mediation in France*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 211 ss.
- JUNG C.A., *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, Hamburg, Kovač, 2008.
- JUY-BIRMANN R., *Il processo penale in Germania*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss.
- KASPEREK S., *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, Frankfurt am Main, Lang, 2002.
- KERNER H.J. (Hrsg.), *Opfer und Täter*, Tübingen, Tobias-lib, 2003.
- KERNER H.J., HARTMANN A., LENZ S., *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2005.
- KILCHLING M., PARLATO L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla Direttiva sulla vittima: verso un diritto alla mediazione? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, 4188 ss.
- KRAUSS D., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 283 ss.
- KURKI L., *Evaluating Restorative Justice Practices*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 293 ss.
- LA ROSA E., *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1282 ss.
- LACKNER K., KÜHL K., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28° Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2014.
- LADRÓN DE GUEVARA J.B., *La riforma del processo penale spagnolo nel progetto di codice di procedura penale del 27 luglio 2011*, in *Cass. pen.*, 2013, 1672 ss.
- LANTHIEZ M.L., *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 145 ss.

- LANZA L., *La tutela della vittima nel sistema penale italiano*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 27 ss.
- LARIZZA S., *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 97 ss.
- LAUWAERT K., AERTSEN I., *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, in ERA - Forum, 2002, vol. 3, n. 1, 27 ss.
- LEBÉHOT T., *La cadre juridique de la médiation pénale*, in *AJ Pénal*, 2011, 216 ss.
- LENMAN B., PARKER G., *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL, B. LENMAN, G. PARKER (ed. by), *Crime and the Law*, London, Europa Publ., 1980, 11 ss.
- LENZ S., WEITEKAMP E.G.M., KERNER A.G., *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, in I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS (ed. by), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 121 ss.
- LEONCINI I., *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 441 ss.
- LEONCINI I., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Archivio Giuridico*, 2003, III, 381 ss.
- LI VECCHI R., *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1991, 11 ss.
- LIEBMANN M., *Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2007.
- LOCATELLI G., *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2011, 4726 ss.
- LOCKE J., *Trattato sul governo*, Roma, Ed. Riuniti, 2002, traduzione ad opera di L. Formigari, del secondo dei *Two Treaties of Government*, London, 1690.
- LODIGIANI G.A., *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 13 ss.
- LONDON R., *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, Boulder Colorado, London, FirstForumPress, 2011.
- LONGARI C., *Le cause di estinzione del reato*, Torino, Giappichelli, 2012.

- LUPARIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 ss.
- MACRÌ F., *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 3 ss.
- MANCUSO E.M., *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitysprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1958 ss.
- MANGIARACINA A., *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- MANNA A., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 21 ss.
- MANNA A., *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dia-logico nel sistema penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 957 ss.
- MANNA A., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Indice pen.*, 1991, 591 ss.
- MANNA A., *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica dir.*, 2001, 381 ss.
- MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 117 ss.
- MANNOZZI G., *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 781 ss.
- MANNOZZI G., *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.
- MANNOZZI G., *Il documento finale degli "Stati Generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 565 ss.
- MANNOZZI G., *La "visione" di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 225 ss.
- MANNOZZI G., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 27 ss.

- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MANNOZZI G., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in ID. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 5 ss.
- MANNOZZI G., *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della "Dichiarazione di Vienna"*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2000, 1-3, 1 ss.
- MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine "giustizia riparativa" e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 137 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, IX ed., Padova, Cedam, 2015.
- MANTOVANI F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, 1171 ss.
- MANTOVANI F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, II, 321 ss.
- MANZANARES SAMANIEGO J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007.
- MANZIONE D., *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 27 ss.
- MARANDOLA A., *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto – Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 792 ss.
- MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 674 ss.
- MARINI R., *La posizione della parte civile e l'intervento adesivo dell'offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 249 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, vol. I, 655 ss.

- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2015.
- MARSHALL T.F., *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999.
- MARTINI A., *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 179 ss.
- MARTUCCI P., *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di "sperimentazioni"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1413 ss.
- MARZADURI E., *Giudizio di primo grado*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 273 ss.
- MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 7 ss.
- MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 1992, 2236 ss.
- MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"* (2015), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- MATHIAS E., *Alternatives punitives consensuelles: leurres et travers de la répression volontaire*, in *Gaz. Pal. Rec.*, 2006, doct., 2831 ss.
- MATHIEU V., *Perché punire?*, Macerata, Liberilibri, 2007.
- MATTEVI E., *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 41 ss.
- MATTEVI E., MENGHINI A., *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, 117 ss.
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, V ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2015.
- MAZZA F.A., *Il percorso legislativo della competenza penale (2001)*, in http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idCat=19&idArt=4387.

- MAZZACUVA F., *L'incidenza della definizione «convenzionale» di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2015, 6 ss.
- MAZZONE A., *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, Milano, Giuffrè, 1987.
- MAZZUCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 140 ss.
- MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 85 ss.
- MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSÌ, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003, 151 ss.
- MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 119 ss.
- MAZZUCATO C., *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 165 ss.
- MBANZOULOU P., *La médiation pénale*, II ed., Paris, L'Harmattan, 2004.
- MCCOLD P., *The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles, and Conferencing*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 136 ss.
- MCCOLD P., *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 ss.
- MCCOLD P., WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice* (2003), in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=424>.
- MCLAUGHLIN E., FERGUSSON R., HUGHES G., WESTMARLAND L., *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 1 ss.

- MELCHIONDA A., *L'oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 43 ss.
- MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *Riscrivere il Codice Penale. I fondamenti*, Ospedaletto (Pisa), Pacini, 2014, 86 ss.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.
- MELCHIONDA A., MATTEVI E., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 325 ss.
- MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2008.
- MENNA M., *Mediazione con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 591 ss.
- MENNA M., *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 269 ss.
- MEZZETTI E., *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3094 ss.
- MIERS D., *An International Review of Restorative Justice*, London, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 2001.
- MILONE S., *La "tenuità del fatto" non arriva per ora alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 989 ss.
- MINCKE C., *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010.
- MINEN P., *Delitti di sottrazione di minori ed incapaci*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 290 ss.
- MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica dir.*, 2004, 344 s.
- MOLINA U.D., *Il decreto legislativo n. 28 del 16 marzo 2015. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67. Questioni di diritto processuale e di diritto sostanziale*, in *Riv. pen.*, 2016, 1 ss.
- MONACO G., *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MONTAGNA M., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le*

- nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, 369 ss.
- MORETTI B., *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 85 ss.
- MOREY R., *Aspects juridiques de la médiation pénale*, in Y. MORHAIN (sous la direction de), *Médiation et lien social*, Revigny-sur-Ornain, Hommes et Perspectives, 1998, 79 ss.
- MORGENSTERN C., *“Diversión” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 91 ss.
- MORINEAU J., *L’esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998.
- MOSCATI E., *Voce Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 770 ss.
- MOSCONI G., *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 3 ss.
- MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal. Parte general*, IX ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE F., *Presentación del trabajo*, in P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 21 ss.
- MURRO O., *Preclusa, alla parte civile, l’impugnazione della sentenza di estinzione del reato conseguente a riparazione*, in *Giur. it.*, 2015, 2732 ss.
- NAPOLEONI V., *La “lunga marcia” verso la competenza penale del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 160 ss.
- NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 03, 500 ss.
- NEGRI D., *Art. 21. Ricorso immediato al giudice*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 195 ss.
- NICOSIA P., BRUNI A., DIOGUARDI D., MARINELLI P., *Temi di mediazione penale*, Pisa, Plus, Pisa Univ. Press, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- NISCO A., *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, 784 ss.
- NOTARO D., *Gli effetti civili del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 543 ss.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.
- OMALE D.J.O., *Restorative Justice and Victimology – Euro-Africa Perspectives*, AH Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012.
- ORLANDI R., *I soggetti*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 73 ss.
- ORLANDI R., *L’assetto ordinamentale del giudice di pace e gli ambiti delle nuove competenze* (2001), in <http://www.carabinieri.it>.
- ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, Giuffrè, 2007, 165 ss.
- OROMÌ I VALL-LLOVERA S., *La definizione di vittima nel sistema spagnolo*, in T. ARMENTA DEU, L. LUPARIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano, Giuffrè, 2011, 4 s.
- OTTENHOF R., *Sulla tutela penale delle vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 708 ss.
- PADOVANI G., *Omissione di soccorso: aggravamento del regime sanzionatorio ed abolizione della competenza del giudice di pace*, in *Leg. pen.*, 2003, n. 2, 161 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.
- PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 55 ss.
- PADOVANI T., *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, IX ss.
- PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss.
- PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss.

- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 67 ss.
- PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 285 ss.
- PALAZZO F., *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, 145 ss.
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.
- PALIERO C.E., “*Minima non curat praetor*”. *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985.
- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.
- PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, Giuffrè, 2007, 111 ss.
- PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.
- PANIZZO F., *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 121 ss.
- PANSINI C., *Indagini preliminari e citazione a giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 31 ss.
- PAPA M., *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 15 ss.
- PAPA M., *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 95 ss.
- PAPA M., *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di*

BIBLIOGRAFIA

- pace e “nuove” pene non detentive. *Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 19 ss.
- PAPA M., *Nuovi problemi in tema di oblazione: la concessione discrezionale del “beneficio”*, in AA.VV., *Le modifiche al sistema nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, Jovene, 1984, 247 ss.
- PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- PARISI F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima* (2014), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- PARLATO L., *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, Torri del vento, 2012.
- PAROSANU A., *Restorative Justice in Germany*, in A. PITSELA, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU (ed. by), *Restorative Justice in Criminal Matters. Comparative Research in 11 European Countries*, Athens-Thessaloniki, Sakoulas Publications, 2013, 77 ss.
- PASCUAL RODRÍGUEZ E., *La mediación en el sistema penal. Memoria para optar al grado de Doctor*, Madrid, Universidad Complutense, 2012, in <http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>.
- PATANÈ V., *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 353 ss.
- PATERNITI F., *Appunti sulla non punibilità*, in *Indice pen.*, 2005, 147 ss.
- PAVARINI M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 7 ss.
- PAVARINI M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, Bononia University Press, 2013.
- PAVARINI M., *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 255 ss.
- PAVARINI M., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 525 ss.
- PAVICH G., *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, in *Riv. pen.*, 2015, 505 ss.
- PAVLICH G.C., *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, London, Glasshouse Pr., 2005.
- PAVONE M., *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, Matelica, Halley, 2005.

- PEACHEY D.E., *The Kitchener Experiment*, in M. WRIGHT, B. GALAWAY (ed. by), *Mediation and Criminal Justice*, London, Newbury Park, New Delhi, Sage, 1989, 14 ss.
- PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 140 ss.
- PELISSERO M., *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1125 ss.
- PÈREZ SANZBERRO G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Ed. Comares, 1999.
- PERNIER J.B., *Alternative aux poursuites: l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2349 ss.
- PERRIER C., *Criminels et victimes: Quelle place pour la réconciliation?*, Charney, Les Éditions de l'Hèbe, 2011.
- PERRIER J.B., *La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ?*, in *Rec. Dalloz*, 2014, 2182 ss.
- PERRIER Y., *La probation de 1885 à 2005. Sanctions et mesures dans la communauté*, Paris, Dalloz, 2013.
- PERRONE D., *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2014, 3756 ss.
- PFORDTE T., §153b StPO, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 3° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2013, 2495.
- PICARDIN., *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 656 ss.
- PICCIONI F., *Tenutà del fatto e non punibilità*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015.
- PICCIRILLO R., *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, Relazione a cura dell'Ufficio Massimario presso la C. di Cassazione, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_07_14.pdf.
- PICOTTI L., *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 137 ss.
- PICOTTI L., *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza*

- penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 197 ss.
- PICOTTI L., *Introduzione*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Il giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2017, 89 ss.
- PICOTTI L., *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in ID. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 283 ss.
- PICOTTI L., MATTEVI E., SALVADORI I., FLOR R., *Italy*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD (ed. by), *Restorative Justice in Penal Matters – A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg GmbH, 2015, pp. 417 ss.
- PIERGALLINI C., “Civile” e “Penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1299 ss.
- PIN X., *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2003, 259 ss.
- PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc. (Speciale Immigrazione)*, 2009, 5 ss.
- PISANI M., *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, in *Indice pen.*, 1974, 5 ss.
- PISANI M., *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 465 ss.
- PISAPIA G.V., *La scommessa della mediazione*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 3 ss.
- PITTARO P., *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2000, 1047 ss.
- PITTARO P., *Oltraggio a pubblico ufficiale*, in P. PITTARO (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, Torino, Giuffrè, 2014, 119 ss.
- PIZIALI G., *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 107 ss.
- PONGILUPPI C., *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 235 ss.

- PONGILUPPI C., *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 3 ss.
- PONGILUPPI C., *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 53 ss.
- PONTI G., *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, in ID. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 3 ss.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, XX ed., Paris, édit. Cujas, 2014.
- PRADEL J., *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 949 ss.
- PRADEL J., *La victime et l'enquête: évolution de la prise en compte de la victime dès le début de la procédure*, in S. HUMBERT, F. LUDWICZAK (sous la direction de), *Just victime dans le procès pénal*, Paris, L'Harmattan, 2015, 41 ss.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, XVII ed., Paris, édit. Cujas, 2013.
- PRADEL J., *Vers un “aggiornamento” des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, in *JCP-La Semaine Juridique EG*, 2004, 821 ss.
- PRESUTTI A., *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 177 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2015.
- PULITANÒ D., *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 215 ss.
- PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 641 ss.
- PULITO L., *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, n. 1, 97 ss.
- PULITO L., *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, 77 ss.
- QUAGLIERINI C., *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 233 ss.
- QUAGLIONI D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004.

- QUATTROCOLO S., *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, n. 4, 159 ss.
- QUATTROCOLO S., *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 295 ss.
- QUATTROCOLO S., *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 331 ss.
- QUATTROCOLO S., *L. 24/11/1999 n. 468 – Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'art. 593 del codice di procedura penale – Analisi*, in *Leg. pen.*, 2000, 1, 3 ss.
- QUATTROCOLO S., *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 147 ss.
- QUINTERO OLIVARES G., *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2001, 124 ss.
- QUINTERO OLIVARES G., *La riforma penale del 2015. Uno sguardo panoramico*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2015, n. 1, 9 ss.
- QUINTERO OLIVARES G., *Parte general del derecho penal*, V ed., Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- RAMPIONI R., *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, 459 ss.
- RANDAZZO L., *La messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014*, in M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, Giuffrè, 2015, 3 ss.
- REGGIO F., *Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 105 ss.
- REGGIO F., *Giustizia dialogica*, Milano, Angeli, 2010.
- RÍOS MARTÍN J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ E., BIBIANO GUILLÉN A., SEGOVIA BERNABÉ J.L., *La mediación penal y penitenciaria*, II ed., Madrid, Editorial COLEX, 2008.

- RIPONTI D., *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 53 ss.
- RISICATO L., *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 87 ss.
- RIVIEZZO C., *Il giudizio*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, 133 ss.
- ROCHE D., *Accountability in Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ROCHE D., *Dimensions of Restorative Justice*, in *Journal of Social Issues*, 2006, vol. 62, n. 2, 217 ss.
- ROIATI A., *Diritto penale minimo e mediazione penale*, in *Riv. pen.*, 2003, 1047 ss.
- ROMANELLI S., *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 237 ss.
- ROMANO M., “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, vol. 1, 2004.
- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, IV ed. rinn., Milano, Giuffrè, vol. 2, 2012.
- ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, II ed., Milano, Giuffrè, vol. 3, 2012.
- ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.
- ROSSI G., *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”*: profili dogmatici e scelte di politica criminale, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 537 ss.
- ROSSI G., *La riparazione nell’ordinamento penale italiano*, in C. BRUTTI, R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 9 ss.
- RÖSSNER D., KEMPFER J., §46a StGB, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 3° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2013, 482 ss.
- RÖSSNER D., *Mediation in Strafrecht*, in H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAELICKE, B. SONNEN (Hrsg.), *Handbuch der Resozialisierung*, 2° Aufl., Baden-Baden, Nomos Verl., 2003, 203 ss.
- ROULAND N., *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992.

- ROXIN C., *Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán*, in ID., *La prohibición de autoincriminación y de la escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi ed., 2008, 33 ss.
- ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss.
- ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Indice pen.*, 1989, 5 ss.
- ROXIN C., *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck -Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 367 ss.
- ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, n. 1, 3 ss., traduzione ad opera di L. Eusebi dell'articolo *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in H. SCHÖCH (Hrsg.), *Wiedergutmachung im Strafrecht*, München, Fink Verlag, 1987, 37 ss.
- RUGGIERI F., *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 4329 ss.
- RUGGIERI F., *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 538 ss.
- RUGGIERI F., *Giudizio penale e "restorative justice": antinomia o sinergia?*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, 83 ss.
- RUGGIERI F., *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in N. GALANTINI, F. RUGGIERI, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1998, 87 ss.
- RUGGIERI F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 191 ss.
- SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1262 ss.
- SBRICCOLI M., *"Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII (1998)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 98 ss.
- SBRICCOLI M., *Giustizia criminale (2002)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 3 ss.
- SBRICCOLI M., *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400 (1997)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 47 ss.

- SCALFATI A., *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitizzazione della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 135 ss.
- SCALFATI A., *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 401 s.
- SCALFATI A., *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, in *Processo penale e Giustizia*, 2014, n. 5, 141 ss.
- SCALFATI A., *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1185 ss.
- SCALFATI A., *Premessa*, in ID. (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, XIII ss.
- SCALFATI A., *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2000, 227 ss.
- SCHULTE J.M., *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2006.
- SEELMANN K., *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1989, 670 ss.
- SELVAGGI E., *Il giudice di pace tra occasioni perdute...e da non perdere*, in *Cass. pen.*, 1991, 1007 ss.
- SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Indice pen.*, 1983, 253 ss.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Critica dir.*, 2001, 206 ss.
- SGUBBI F., *L'irrilevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 159 ss.
- SILVA SANCHEZ J.M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, in *Archivio pen.*, 1988, 663 ss., traduzione ad opera di A. Melchionda del contributo *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la "Victimodogmática"*, in AA.VV., *Libro-Homenaje al Profesor A. Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, San Sebastián, Edit. Instituto Vasco de Criminología, 1989, 633 ss.
- SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, Wolters Kluwer, 2014.

- SOMMAGGIO P., *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 293 ss.
- SOTIS C., *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 47 ss.
- SPANGHER G., *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2000, 401 ss.
- SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, 61 ss.
- SPANGHER G., *Sub artt. 36 e 37*, in C. CONSOLO, F. TOMMASEO (a cura di), *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, Cedam, 1996, 277 ss.
- SPANGHER G., *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 913 ss.
- SPANGHER G., *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 469 ss.
- SPENCER D., BROGAN M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006.
- SPINA G., *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d.lvo 7/2016: luci e ombre* (2016), in <http://www.lanuovaproceduracivile.com>.
- SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1924 ss.
- SQUARCIA E., *Giudice di pace e ricorso immediato dell'offeso: un'eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 614 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, II ed., Milano, Giuffrè, 2002.
- STENDARDI D., *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1899 ss.
- STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1990, vol. IV, 342 ss.
- STORTONI L., *Introduzione sugli aspetti di diritto penale sostanziale*, in L. PICCOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2003, 15 ss.
- STREE W., KINZIG J., §46a StGB, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2014, 819 ss.

- SYKIOTOU A.P., *Récidive: soigner ou punir? Les dilemmes de la sûreté*, in AA.VV., *Incriminer et protéger*, Paris, Dalloz, 2014, 53 ss.
- TAMARIT SUMALLA J.M., *La reparación a la víctima en el derecho penal*, Barcelona, Funcació Jaume Callís, 1994.
- TARFUSSER C., *Scelte di politica giudiziaria nella formulazione delle imputazioni da parte della pubblica accusa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2005, 35 ss.
- TARUFFO M., *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 97 ss.
- TAURI J., MORRIS A., *Re-forming Justice: the Potential of Maori Processes*, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1997, vol. 30, n. 2, 149 ss.
- TODARO G., *Il sistema italiano di tutela della vittima da reato: analisi e prospettive*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 99 ss.
- TONINI P., *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 929 ss.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia Un. Press, 2008.
- TORRES FERNÁNDEZ M.E., *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in E. URSO (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo*, Firenze, Firenze University Press, 2013, 301 ss.
- TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012.
- TOULLIER M., *La giustizia riparativa in Francia: quadro attuale e ipotesi di sviluppo*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 139 ss.
- TRAMONTANO G., *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, 2010, n. 2, 49 ss.
- TRIGGIANI N., *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, 13 ss.

- TULKENS F., *Una giustizia negoziata?*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 619 ss.
- TURCHETTI S., *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, Ipsoa, 2015, vol. III, 2950 ss.
- TURCO E., *Gli indici rivelatori della "particolare tenuità del fatto" nel procedimento penale dinanzi al giudice di pace*, in *Foro it.*, 2016, V, 13 ss.
- TURCO E., *I prodromi della riforma*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, 177 ss.
- TURCO E., *L'irrelevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, in *Foro it.*, 2015, V, 208 ss.
- UMBREIT M.S., COATES R.B., VOS B., *The Practice of Victim Offender Mediation: A Look at the Evidence*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 691 ss.
- UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001.
- UMBREIT M.S., WARNER ROBERTS A., *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 63 ss.
- V. HENTIG H., *The Criminal & His Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948.
- VALBONESI C., *I profili penali della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, 353 ss.
- VALENTINI V., *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1111 ss.
- VAN NESS D.W., HEETDERKS STRONG K., *Restoring Justice. An introduction to Restorative Justice*, V ed., Waltham, Anderson Publishing Co., 2014.
- VAN NESS D.W., *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about a Restorative Justice System* (Paper Presented at the Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles, October 2000, Tübingen, Germany), in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/vanness9/view>.

- VAN SCHIJNDEL R.A.M., *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2009.
- VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2006.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. VI, 609 ss.
- VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 9 ss.
- VENTURA N., *La declaratoria di improcedibilità “per particolare tenuità del fatto”*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 101 ss.
- VENTUROLI M., *La tutela della vittima nelle fonti europee (2012)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.
- VENTUROLI M., *Le sorti alterne del principio di individualizzazione della pena nell’attuale sistema sanzionatorio francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1550 ss.
- VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006.
- VEZZADINI S., *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 85 ss.
- VIANELLO F., *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 129 ss.
- VIANELLO F., *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, 5 ss.
- VICOLI D., *L’accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2011, 53 ss.
- VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 382 ss.
- VICOLI D., *Precedenti e fonti normative*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 3 ss.

- VIDALES RODRÍGUEZ C., PLANCHADELL GARGALLO A., *La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la valoración del Estatuto de la víctima del delito*, in *Revista Derecho y Proceso Penal*, Julio-Septiembre 2015, 199 ss.
- VIENNOT C., *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Paris, Ed. Dalloz, 2012.
- VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300 ss.
- VINCIGUERRA S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, Cedam, 2003.
- VOGLER R., *Criminal Procedure in France*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 171 ss.
- VOZZA D., *Tutela della vittima nel procedimento penale: il discrimen tra garanzie sostanziali e procedurali quale limite all'intervento della Corte di Giustizia?* (2011), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- WALGRAVE L., *La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme*, in *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, 7 ss.
- WALGRAVE L., *Restorative Justice and the Law. Socio-ethical and Juridical Foundations for a Systemic Approach*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton, Willan, 2002, 191 ss.
- WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008.
- WALGRAVE L., *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 613 ss.
- WALLIS P., TUDOR B., *The Pocket Guide to Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2008.
- WALTHER S., *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and what Remains to be Done*, in *International Review of Victimology*, 2000, vol. 7, 265 ss.
- WEISSER M.R., *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1989.
- WEITEKAMP E.G.M. (ed. by), *Developing Peacemaking Circles in a European Context*, Tübingen, Institut für Kriminologie der Universität Tübingen, 2015.
- WEMMERS J.A., CYR K., *Les besoins des victimes dans un processus de médiation*, Montréal, Université de Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, 2004.

- WERTHAM F., *The Show of Violence*, New York, Greenwood Press, Publishers, 1949.
- WILLIAMS-HAYES M.M., *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, Ann Arbor, Mich., Univ. Microfilms Intern., 2002.
- WOOLFORD A., *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2009.
- WRIGHT M., *Justice for Victims and Offenders*, Ballmoor, Buckingham, Open University Press, 1991.
- WRIGHT M., *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-quanto-eriparatrice-la-giustizia-riparatrice/view>.
- WYVEKENS A., *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 17 ss.
- ZAGREBELSKY V., *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 25 ss.
- ZAGREBELSKY V., *Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 31, 4 ss.
- ZANOBIO B., *La vittima nella storia*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 11 ss.
- ZANUSO F., *Il malessere utilitaristico e l'"antidoto" kantiano*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004, 141 ss.
- ZANUSO F., *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "limiting retributivism"*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 121 ss.
- ZEHR H., MIKA H., *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 57 ss.
- ZEHR H., *Changing Lenses*, Scottdale (Pennsylvania), Waterloo (Ontario), Herald Press, 1990.
- ZEHR H., TOEWS B., *Closing Reflections*, in ID. (ed. by), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, Criminal Justice Press, 2004, 401 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 375 ss.

BIBLIOGRAFIA

ZERNOVA M., WRIGHT M., *Alternative Visions of Restorative Justice*, in G. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 91 ss.

ZERNOVA M., *Restorative justice*, Aldershot, Ashgate, 2007.

ZICCONI G., *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, Giuffrè, 1975.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)

11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)

12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)

13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)

14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)