

■ **RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE** ■

Anno LVI Fasc. 4 - 2013

ISSN 0557-1391

Luigi Cornacchia

VITTIME E GIUSTIZIA CRIMINALE

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

VITTIME E GIUSTIZIA CRIMINALE

SOMMARIO: 1. Premessa: il peplo di Filomela. — 2. Ragioni di un diritto penale senza vittime. — 3. Tramonto del modello pubblico di coercizione? — 4. Di fronte alle grida delle Erinni: il paradosso del garantismo penale. — 5. Il problema della proporzionalità della risposta penale. — 6. La *polity* come vittima. — 7. Il rinnovato interesse per le prerogative della vittima. — 8. La vittima come strumento di politiche egemoniche. — 9. Vittima e obblighi di tutela. — 10. Riflessi prasseologici (e sottointesi ideologici) della tutela della vittima. — 11. La vittima vulnerabile. — 12. Approssimazioni vittimologiche alla giustizia criminale. — 13. La necessaria sofferenza di Oreste: “restituzione speciale” come traduzione vittimologica della funzione della pena. — 14. Funzione restitutiva generale come esito del *victim-centred approach*. — 15. Il conflitto decentralizzato: verso la giustizia ricostruttiva. — 16. Ripensare la giustizia criminale in senso inclusivo: un forum per (tutte) le vittime.

1. *Premessa: il peplo di Filomela.* — La vittima da reato oggi non è più « dimenticata » (1): la sua riscoperta la fa emergere da un passato da invitato di pietra della giustizia criminale. Anzi le prerogative ad essa progressivamente riconosciute vengono elevate a fattore di consolidamento della legittimità morale dell'intervento penale.

Tuttavia la voce delle vittime viene spesso fagocitata dalle strutture di comunicazione, che la riducono a *strategic rationale* funzionale a veicolare aspirazioni all'egemonia e auto-preservazione di gruppi antagonisti (2). Un destino che si compie ogni volta che tale voce viene fatta risuonare nel contesto di politiche pubblicistiche — nel senso dell'elezione da parte dei pubblici poteri — strumentali al raggiungimento di *targets* eterogenei rispetto agli interessi delle vittime medesime: tanto in passato, nell'era del monopolio indiscusso dello Stato in materia di esercizio della potestà coercitiva; quanto nell'attuale fase di rivalutazione del ruolo della persona offesa. Scopi di controllo egemonico sulla collettività, di legittimazione del potere politico, o anche soltanto di giustificazione dell'esercizio della

(1) In questi termini si esprimeva pochi anni orsono A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in questa *Rivista*, 2010, 41 (segnalando come alla persona offesa la riforma processuale del 1989 e la nuova competenza penale del giudice di pace avessero assegnato veri e propri diritti soggettivi, ben al di là di una tutela meramente obiettiva quale riflesso della protezione degli interessi pubblici: *ibidem*, 51 s.).

(2) Cfr. R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of the Trial Justice*, London, New York, 2012, pp. 217 s.

repressione da parte dell'apparato giudiziario in funzione del conseguimento di visibilità mediatica.

L'identificazione dello Stato con la vittima, che in passato implicava l'espropriazione delle prerogative della seconda per incardinarle integralmente nel primo, oggi sembra compiersi in senso inverso, attraverso valorizzazione *pubblica* della posizione della vittima, ma in funzione strumentale alla legittimazione, estremamente pericolante, dello Stato stesso, che in qualche modo riconosce il fallimento delle proprie politiche criminali di tutela della collettività (3).

L'attuale riconoscimento preferenziale delle pretese delle vittime da un lato è espressione del *principio costituzionale di solidarietà* che, pur nel necessario contemperamento con la sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale, obbliga i pubblici poteri a intervenire a protezione dei soggetti deboli, che non sono in grado di salvaguardare da sé i beni meritevoli di tutela (4); d'altro lato lo stesso sembra rispondere a una logica larvamente paternalistica, sul presupposto, mutuato dalla vittimologia, della immanente vulnerabilità delle vittime e del conseguente bisogno di particolare protezione che le caratterizza.

2. *Ragioni di un diritto penale senza vittime.* — Il principio della pubblicità dell'intervento penale — e del monopolio statale della coercizione — pare legato intimamente, nella sua dinamica storica, a quello della *necessaria estromissione della vittima*.

In primo luogo, perché altrimenti si sancirebbe, anche solo indirettamente, la legittimità dell'aspirazione vendicativa della vittima.

In secondo luogo, perché si ridurrebbero le garanzie per il reo mettendone a rischio i diritti e minacciando il giusto e imparziale processo (5): sul presupposto, peraltro oggi tutt'altro che indiscusso, dell'irriducibile contrapposizione tra garantismo penale e diritti delle vittime (6).

Il riconoscimento di diritti della vittima — in quanto interessi privati — nel modello della giustizia criminale introduce un elemento dialettico con la necessaria natura pubblica dell'intervento penale, che ha imposto

(3) O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino, 2004, pp. 25 s.

(4) Cfr. A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., pp. 193 s.

(5) V. ad es. R. COEN, *The Rise of the Victim — A Path to Punitiveness?*, in *Irish Criminal Law Journal*, n. 16, 2006, pp. 10 ss.

(6) In contrario, ritiene che non necessariamente opzioni di politica del diritto orientate a riconoscere le prerogative delle vittime si debbano risolvere in una decurtazione delle garanzie per il reo G. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Ind.Pen.*, 1990, pp. 294 ss.

storicamente la *deprivatizzazione* del conflitto tra autore e vittime del reato (7).

Non trascurabile è poi la difficile compatibilità tra prerogative della persona offesa e principio di proporzionalità della risposta penale (art. 27 Cost.): la relazione simmetrica tra crimine e pena può essere messa a repentaglio dall'aspirazione "riparatoria" della persona offesa, tanto quando essa si concreta in una richiesta di punizione esemplare, quanto nel caso in cui si tratti invece di una riparazione effettiva (materiale o morale), in quanto l'adeguatezza della riparazione stessa andrebbe logicamente rapportata alle esigenze psicologico-emotive della vittima e all'entità del pregiudizio concretamente subito (in termini di *harm*) piuttosto che al fatto commesso e alla colpevolezza del suo autore (o all'offesa, ma al bene giuridico).

Alla luce di tali considerazioni, tra i compiti del diritto penale sarebbe imprescindibile la c.d. '*displacement function*', nel senso che l'apparato di pubblica coercizione dovrebbe assurgere a diaframma invalicabile che si interpone tra autore del reato e persone offese (vittime, familiari, simpatizzanti) (8): funzione strettamente connessa con la ingiustificabilità della vendetta, che spiega, anche storicamente, l'esclusione di un ruolo di parte ufficiale della vittima nel procedimento, nella condanna e nell'esecuzione della pena. La risposta penale va insomma "de-emozionalizzata" (9) e razionalizzata, scissa dalle aspettative di vendetta della vittima, che possono invece incidere in senso "brutalizzante" nei riguardi della comunità che decidesse di assumerle a fondamento delle proprie scelte e decisioni (10).

La convivenza civile esige che sia innocuizzato l'istinto di vendetta, per controllare il quale il diritto penale svolge una funzione decisiva. Alla nascita dello Stato e dell'idea moderna di sovranità si accompagna l'affer-

(7) I. APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin 1998, pp. 448, 461. Il timore della privatizzazione della giustizia giustificherebbe quindi la *neutralizzazione della vittima* (H. JUNG, *Zur Renaissance des Opfers — ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte*, in *ZRP*, 2000, p. 162). Nel senso che comunque l'elaborazione del conflitto tra autore e vittima non potrebbe essere considerato compito del diritto penale, il cui spettro d'operatività riguarderebbe esclusivamente i rapporti tra accusato e comunità giuridica, v. recentemente M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012, pp. 83 ss..

(8) J. GARDNER, *Crime: In Proportion and Perspective*, in Id., *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, New York, 2007, rist. 2011, pp. 213 ss.

(9) '*Entmachtung der emotionalen Gewalt des verletzten Gemüts*': così W.A. WELKE, *Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts*, Frankfurt a. M. 2008, p. 259.

(10) Cfr. W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, p. 126.

marsi del monopolio statale della coercizione (11) e la sottrazione del potere di accusa all'offeso, a favore di un organismo appunto statale, il pubblico ministero (12).

Così la vittima si trova spogliata della sua originaria centralità nel meccanismo della repressione del crimine (13) e il conflitto individuale che la riguarda viene risolto attraverso il processo pubblico dello Stato di diritto: l'interesse concreto della vittima viene inglobato in quello astratto della generalità dei consociati, sul presupposto secondo cui la condanna e la pena — ma soprattutto l'espressione pubblica che le connota — valgano allo stesso tempo a restaurare l'ordine giuridico e con esso a riparare la lesione subita dalla persona offesa (anch'essa, evidentemente, concepita come entità astratta) (14).

Ecco perché la vittima, tanto nel processo quanto al di fuori di esso, è stata vista fino ad oggi come *'forgotten man'* (15); e la risposta penale, di conseguenza, ha assunto forma di pura reazione alla violazione della norma, del tutto svincolata dalle aspirazioni delle vittime.

3. *Tramonto del modello pubblico di coercizione?* — Oggi la rivendicazione pubblica dell'intervento penale pare decisamente in crisi (16). Klaus Lüderssen ha parlato a riguardo di un fenomeno che pervade la moderna politica criminale, descrivendola come una sorta di forbice divaricata: la prima lama è data dalla riscoperta del concetto di male contrassegnato da intrinseca inafferrabilità, che mette in discussione la potestà punitiva dello Stato con il suo calcolo asettico di effetti misurabili della pena; la seconda è data dal particolarismo delle finalità oggi riconosciute alla pena: l'emergere di sempre cangianti protocolli, non penali in senso proprio, di reazione al conflitto derivante dalla commissione del reato — riparazione anche economica (ma non solo), mediazione, percorsi risocializzanti per il reo, alternative di tipo civilistico, amministrativistico, solu-

(11) W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, cit., p. 122. Sul passaggio della rivendicazione della risposta penale nelle mani dello Stato v. ad es. K. LÜDERSEN (Hrsg.), *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs*, Köln, Weimar, Wien, 2002, *passim*.

(12) A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, Macerata, 1997, pp. 14 ss. Su questi temi v. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Tomo I, Milano, 2009, 7 ss. (che spiega come l'evoluzione verso una giustizia egemonica d'apparato è propria dell'epoca della crisi delle città — tra fine del XIII e inizi del XIV secolo — e della nascita dei regimi statali centralisti).

(13) Sul punto v. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 4 ss.

(14) E. VENAFARO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., pp. 12 s.

(15) W.F. McDONALD, *Criminal justice and the victim*, Beverly Hills 1976, p. 19.

(16) V. K. LÜDERSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, Baden-Baden, 1989, *passim*.

zioni negoziali, approdi da *Interventionsrecht* — sovverte il monolitico e in fondo semplificato modello retributivo tipico della risposta pubblica al crimine come sostitutiva della vendetta, funzionale alla ragione di Stato (con analogie, in realtà, rispetto alla situazione ad esso storicamente previa) (17).

Il progressivo scorrimento da un modello penale ispirato all'idea del reato come offesa contro la società (ovvero contro i beni giuridici della collettività) a una concezione del crimine come offesa alle vittime e alle comunità cui esse immediatamente appartengono (18) va dunque apprezzato quale effetto della graduale riconversione, sul piano interpretativo, del reato da violazione di norme dell'ordinamento penale a lesione di vittime concrete; e, più in generale, del mutamento della concezione, individualistico-normativa, della persona (19).

Difficile, ovviamente, prevedere le possibili linee evolutive di questo percorso, forse ancora alla fase embrionale.

Un'ipotesi potrebbe essere quella del ritorno all'idea "rudimentale" (20) della delimitazione della tutela penale ai soli *diritti soggettivi individuali*: quindi, di raccogliere la sfida che proviene dal diritto umanitario, non come argomento retorico per legittimare politiche criminali repressive coperte dall'aspirazione a offrire protezione ai diritti fondamentali dell'uomo, ma come motivo ispiratore di politiche non retributive che diano realmente voce alla vittima.

Questo passaggio peraltro appare arduo data la natura ancipite del diritto penale — strumento di difesa della società, ma anche, e in fondo di conseguenza, strumento di esercizio del potere sovrano — emergente anche nel contesto delle elaborazioni costituzionalmente orientate della tutela di beni giuridici, intesa quale compito imprescindibile di prevenzione proprio dello Stato.

L'intervento necessario dei pubblici poteri, quantomeno come intermediazione nel conflitto generato dal reato, nella linea ormai tracciata dal rilievo esponenziale dei diritti umani, dovrà assumere tra i propri compiti anche quello di offrire adeguata soddisfazione alle vittime. Si può dire che

(17) K. LÜDERSSEN, *Historische Erkenntnisinteressen moderner Kriminalpolitik*, in ID. (Hrsg.), *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs*, Köln, Weimar, Wien, 2002, pp. 25 ss.

(18) Cfr. R.E. BARNET, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice?*, in *Ethics*, n. 87, 1997, pp. 279 ss.

(19) T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers in der Strafrecht und im materiellen Strafrecht*, in *JuristenZeitung*, 2006, p. 952, la quale peraltro denuncia la sostanziale indifferenza, almeno fino ad oggi, rispetto alle prerogative della vittima della teoria della pena, di matrice collettivistica dovuta all'influenza dominante della teoria dello Stato.

(20) K. LÜDERSSEN, *Historische Erkenntnisinteressen moderner Kriminalpolitik*, cit., p. 29.

lo Stato si fa carico della salvaguardia di beni propri della persona non (o non solo) per il loro rilievo anche collettivo, ma in funzione *lato sensu* “solidaristica”: nel caso di beni individuali, rispetto alla cui lesione il singolo può acconsentire, l'intervento della potestà punitiva pubblica si configura come sorta di ausilio statale di tutela di fronte al conflitto che insorge dalla violazione non consentita dalla vittima (21); oppure — e lo spunto rimanda al tema dei limiti di legittimità del paternalismo — di tutela di quelle potenziali vittime che, per ragioni di vulnerabilità, possono essere fatte oggetto di abusi e insidie, rispetto alle quali i pubblici poteri sarebbero investiti di una *competenza istituzionale estesa*, la cui titolarità è funzionale alla protezione di diritti soggettivi altrui (in special modo dei diritti di soggetti deboli).

4. *La vittima come “motivo di imbarazzo”: il paradosso del garantismo penale.* — Come noto, la relazione tra diritti delle vittime e diritti umani in generale è stata riletta primariamente all'interno della tematica della protezione delle vittime dagli *abusi di potere*. Sotto tale profilo si spiega perché l'indagine sulle vittime di reati ordinari, o comunque non perpetrati dallo Stato o da suoi apparati, di tipo prevalentemente criminologico-descrittivo, non ha fatto emergere la connessione con il paradigma assiologico della tutela dei diritti umani, sul presupposto che questo tipo di vittime ricevano una protezione già adeguata a livello di diritto penale interno (22).

E traspare anche, almeno in via di prima approssimazione, la ragione della riluttanza da parte della dottrina criminalistica e processualpenalistica ad assegnare alle prerogative violate delle vittime in generale un ruolo cardinale nella giustificazione dell'intervento penale: o addirittura della considerazione di esse alla stregua di corpo estraneo, irrimediabilmente refrattario a inserirsi coerentemente nella dinamica dei principi sostanziali e processuali che implementano il *favor libertatis* e anzi foriero del rischio di compromettere quel garantismo che costituisce il tratto irrinunciabile del diritto penale moderno (23).

La vittima come “elemento di imbarazzo” nel processo penale: per la difficile convivenza della presunzione di innocenza (e del *favor rei* in generale) con la presunzione di favore per la vittima (24). Oltretutto

(21) K. LÜDERSSEN, *Historische Erkenntnisinteressen moderner Kriminalpolitik*, cit., p. 37.

(22) J. DOAK, *Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford, Portland, 2008, p. v.

(23) I. EDWARDS, *An Ambiguous Participant: The Crime Victim and Criminal Justice Decision-Making*, in *British Journal of Criminology*, n. 44, 2004, pp. 967 ss.

(24) D'altronde, “condurre un processo presumendo che ci sia una vittima da reato,

perché la presenza dell'offeso con la qualifica che individua il suo status è qualcosa di incerto prima della dichiarazione di colpevolezza dell'accusato (25). E, più cinicamente, perché il suo contributo all'accertamento della verità nel processo e alla garanzia di giustizia sembra inficiato in partenza dall'orientamento della sua partecipazione a una pretesa economica, l'ottenimento del risarcimento del danno. Tanto da essere stata, fino ad oggi, sostanzialmente espropriata delle prerogative connesse alle proprie aspettative (escludendo che ad essa possa essere riconosciuta la titolarità del bene oggetto di tutela che giustifica l'intervento penale) e addirittura fatta oggetto di forme di c.d. vittimizzazione secondaria (si pensi al tema dell'obbligo di testimonianze per vittime fragili e vulnerabili) (26).

Quasi un paradosso: proprio il garantismo di cui si è detto rappresenta in realtà uno dei prodotti culturali più rimarchevoli della modernità, quale effetto della presa di coscienza dei pericoli per i diritti dei cittadini connessi all'esercizio del potere da parte degli apparati dello Stato, in particolare di tutti quei poteri che afferiscono al monopolio della coercizione, e, ancora più nello specifico, di quella forma peculiarmente afflittiva e repressiva che è la coercizione penale. Si potrebbe dire, i diritti fondamentali dell'accusato — del cittadino che “incappa” nelle maglie della giustizia penale — sono diritti fondamentali di una vittima particolarmente indifesa: appunto la vittima di abusi di potere. Una mancata attenzione nei confronti delle garanzie individuali dell'imputato potrebbe alimentare processi di vittimizzazione a danno, questa volta, del delinquente, che diverrebbe vittima delle iniquità del sistema giudiziario (c.d. vittimizzazione terziaria).

Fatto sta che, se le ragioni dell'originaria diffidenza e ‘colpevolizzazione’ nei confronti della vittima erano in buona parte legate a preoccupazioni per i diritti di difesa, oggi il dibattito si orienta sempre più rapidamente sulla vittimizzazione e sulle prospettive inclusive di “costruzione” dei diritti dell'offeso (27).

5. *Il problema della proporzionalità della risposta penale.* — La prospettiva vittimocentrica, essenzialmente diagnostica in quanto orientata

equivale a presumere che ci sia un colpevole, non certo un innocente” (V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 11).

(25) J. DOAK, *Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice*, cit., pp. 20 ss., 116.

(26) V. ad es. J. DOAK, *Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice*, cit., pp. 37 ss., in ptc. pp. 51 ss.

(27) Sull'evoluzione della vittimologia in tal senso v. P. ROCK, *Theoretical perspectives on victimization*, in S. WALKLATE (Ed.), *Handbook of victims and victimology*, Willan, Cullompton, 2007, pp. 37 ss.; cfr. anche ID., *On becoming a victim*, in C. HOYLE, R. YOUNG (Eds.), *New visions of crime victims*, Oxford and Portland, pp. 1 ss.; ID., *Constructing victims' rights*, Oxford, 2004, *passim*.

ai danni diretti e indiretti occorsi all'offeso in conseguenza del reato e indifferente alla percezione che di essi e della loro potenziale estensione *ex ante* aveva l'autore (28), appare diametralmente opposta al modello di responsabilità sancito dall'art. 27 Cost. in termini di proporzione della risposta sanzionatoria rispetto alla colpevolezza del reo (29). Si è rilevata anzi una relazione inversa tra colpevolezza e distribuzione del danno sociale: quanto più si pone l'accento sul crimine come infrazione di diritti fondamentali riconosciuti nella comunità sociale — e del diritto dei cittadini a una presunzione di sicurezza pubblica — tanto maggiore rilievo assume il secondo a discapito dell'accertamento della prima (30).

Nell'ottica del principio di proporzione pare logico marginalizzare le vittime, in quanto le loro aspettative minacciano la commensurabilità tra crimine e risposta dell'ordinamento

Si potrebbe dire che, in un certo senso, la responsabilità penale è personale (art. 27 Cost.), ma la vittimizzazione, sul piano normativo, nel processo è concepita come *solo collettiva*: rileva solo in quanto si incardini nella pretesa punitiva della collettività rappresentata dallo Stato.

6. *La polity come vittima.* — L'idea della pubblicizzazione della giustizia penale sta invece in relazione simbiotica con quella della tutela della vittima in alcune concezioni moderne di impronta marcatamente *communitarian*, nelle quali, prima ancora dell'intervento penale, è pubblica la responsabilità derivante dalla commissione del reato (31), (non in quanto compiuto contro la collettività, ma) come fatto cui *la comunità come totalità è interessata*. Logica conseguenza è la necessaria condanna pubblica, non trattandosi di materia rimessa alla coscienza privata, o che interessa solo i soggetti direttamente pregiudicati. La lacerazione prodotta dal reato viene partecipata a livello collettivo, trattandosi di beni/valori centrali condivisi dalla comunità, che comparte anche con le vittime le

(28) J. GARDNER, *Crime: In Proportion and Perspective*, cit., pp. 226 s.

(29) *Contra*, J. GARDNER, *Crime: In Proportion and Perspective*, cit., p. 231, che ritiene vi sia in realtà una stretta connessione tra colpevolezza del reo e impatto pregiudizievole sulle vittime.

(30) L. ZEDNER, *Reparation and Retribution: Are they Reconcilable?*, in *Modern Law Review*, n. 57, 1994, p. 250. Sull'insuperabile dialettica libertà-sicurezza ogni volta che sia relazionata a referenti soggettivi precisi (come reo e vittima), nonché sulle insidie dissimulate dalla sua armonizzazione (nella giustizia penale convenzionale della Corte europea di Strasburgo) v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, pp. 65 ss., 94 s.

(31) Per un modello di giustificazione del sistema di giustizia criminale nel senso del '*public law account*' sul presupposto di un potere statale legittimo a garanzia delle reciproche sfere di libertà dei cittadini dalle usurpazioni altrui e della definizione di ruoli e assetti relazionali giuridicamente riconosciuti cfr. anche M. THORBURN, *Criminal Law as Public Law*, in R.A. DUFF, S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, 2011, pp. 24 ss.

offese da esse individualmente ricevute (32). Il reo è tenuto a fare ammenda di fronte alla vittima e all'intera comunità riconoscendo la natura e la serietà del male compiuto (33). Inoltre è necessario che la gestione del processo e in generale della complessiva risposta al reato sia appannaggio della società — e non dei privati — intesa come *comunità politica (polity)*, ossia fondata sul presupposto della cittadinanza, dell'eguale, mutualmente rispettosa partecipazione di tutti i suoi membri all'impresa civica, alla sfera pubblica, nonché alle deliberazioni politiche (34).

Quindi il reato riguarda i cittadini, membri della comunità politica, in virtù della *civic fellowship* che condividono con le vittime (e con gli autori dei reati) (35). Tale procedimento di assorbimento delle istanze vittimo-individuali in quelle generali è ancora più netto rispetto a quei crimini che non costituiscono semplicemente lesione di beni della collettività o dello Stato o beni condivisi dall'identità sociale di riferimento, ma che producono direttamente la lacerazione di una comunità (36): tra le vittime qui in primo luogo emerge *la polity in quanto tale* (37).

7. *Il rinnovato interesse per le prerogative della vittima.* - Il riconoscimento dello status unico delle vittime, fino a tempi recenti estromesse o comunque marginalizzate dal processo tradizionale, e di nuove prerogative e persino diritti endoprocedimentali in progressiva espansione (38), con

(32) S. MARSHALL, R.A. DUFF, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, n. 11, 1998, pp. 7 ss.; R.A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, pp. 61 ss.; Id., *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, in R.A. DUFF, S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, 2011, pp. 130, 136, 139.

(33) R.A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, cit., p. 113.

(34) R.A. DUFF, *Responsibility, Citizenship and Criminal Law*, cit., 138; v. già Id., *Restoration and Retribution*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M. SCHIFF (Ed.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, 2003, p. 47: non una mera comunità morale, cui appartengono tutti gli esseri umani in quanto razionali (una "*all-embracing community*" di questo tipo, di estensione cosmopolitica, può invece semmai giustificare le ambizioni della Corte penale internazionale, o la protezione universale dei diritti umani).

(35) R.A. DUFF, *Responsibility, Citizenship and Criminal Law*, cit., p. 140.

(36) Il crimine in generale costituisce in primo luogo "*a violation of people and relationships*" secondo H.J. ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, 3. Ed., Waterloo, 2005, p. 181.

(37) La riparazione delle lacerazioni prodotte nel tessuto connettivo della comunità passa attraverso misure riabilitative individuali e collettive, a potenziale terapeutico: restaurazione delle infrastrutture morali, psicologiche e anche logistiche che cementano la società; individuazione ed edificazione di quelle che permettano di monitorare e quindi prevenire il ripresentarsi di situazioni conflittuali (R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of the Trial Justice*, pp. 222 ss.).

(38) Dà conto di questa evoluzione rispetto al diritto penale tedesco il recente volume S. BARTON, R. KÖLBEL (Hrsgg.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts. Zwischen-*

esiti anche paradossali (39), è considerato uno dei fenomeni caratterizzanti della modernità.

L'esigenza di accordare alle vittime di atti criminali protezione (e, più in generale, *service rights* (40)), diritti di informazione e, sotto determinati presupposti, di accesso e partecipazione al procedimento, nonché prestazioni soddisfatorie (risarcimento dei danni in termini di compensazione monetaria; ma anche, più in generale, riparazione) trova consacrazione, come noto, ormai anche a livello europeo (41).

L'Unione europea ha mostrato sempre peculiare interesse per la persona offesa: spicca la decisione quadro del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), in merito alla posizione della vittima del procedimento penale, che stabilisce misure *ad hoc* per le vittime vulnerabili (pur non imponendo agli Stati membri l'obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del procedimento); la direttiva del Consiglio d'Europa del 29 aprile 2004 (2004/80/CE) relativa all'indennizzo delle vittime di reato, indipendentemente dal paese dell'Unione in cui questo è stato commesso. Sul piano del diritto sostanziale la direttiva del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 (2011/36/UE) circa la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (42); e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11 maggio 2011). Nonché, in prospettiva, il pacchetto di misure proposte dalla Commissione europea il 18 maggio 2011, volte a introdurre e a garantire in tutta l'Unione europea un livello minimo di tutela dei diritti, di assistenza, di sostegno e di protezione per le vittime, indipendentemente dai luoghi di origine e residenza (COM (2011)275 def.). E la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 (2011/93/UE), in materia di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Alla vittima attraverso gli strumenti di armonizzazione dell'Unione europea sono stati così riconosciuti veri e propri diritti soggettivi, tanto di

bilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, Nomos, Baden-Baden, 2012, *passim*.

(39) Cfr. K. SEELMAN, *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, in *JuristenZeitung*, 1989, pp. 670 ss.

(40) A. SANDERS, *Victim participation in an exclusionary criminal justice system*, in C. HOYLE, R. YOUNG (Ed.), *New Vision of Crime Victims*, Oxford, 2002, p. 204.

(41) Sulle raccomandazioni del Consiglio d'Europa e le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo v. M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, pp. 1 ss.; nonché S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, pp. 1 ss.

(42) La direttiva sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.

natura sostanziale, quanto processuale (43). In generale, poi, con il Trattato di Lisbona i diritti delle vittime da reato sono assurti a materia su cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono emanare direttive di armonizzazione (44).

Un punto di non ritorno, *cantus firmus* del diritto penale moderno — specialmente sovranazionale, europeo e internazionale (45) — in contrapposizione al passato: le necessità delle vittime divengono “visibili” e assurgono in qualche modo a funzione della stessa giustizia penale (46).

Ha osservato Christoph Safferling (47) come crimini anonimi siano meno interessanti sul piano mediatico (e si potrebbe dire che lo sono anche quelli “a vittime dimenticate”, come certi reati economici a danno dei consumatori o risparmiatori, i reati ambientali e i reati culturali (48)), e l’illecito come violazione del diritto sembri costituire addirittura un pericolo meno rilevante per la riaffermazione della vigenza delle norme (49). Insomma 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.

Va peraltro considerato lo scenario in cui si assiste a questo risveglio di attenzione mediatica.

8. *La vittima come strumento di politiche egemoniche.* - Innanzitutto, la rinnovata sensibilità per le prerogative delle vittime, oltre che conseguenza del progressivo rilievo dei diritti umani nella coscienza giuri-

(43) A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., p. 52.

(44) Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, p. 229.

(45) L’ipersensibilità alle vittime è particolarmente rimarchevole nella giurisprudenza della CEDU, nonché nella giustizia di transizione o post-bellica che connota il diritto internazionale penale: prassi, quelle in uso tanto a Strasburgo quanto a Den Haag, la cui vocazione vittimocentrica non è nemmeno dissimulata, così come non lo è la tendenza alla decurtazione delle istanze individualgarantistiche (v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 12 ss.; con riguardo specifico alla cornice europea in contrapposizione a quella continentale, *ibidem*, pp. 88 ss.; rispetto alla *transitional justice*, *ibidem*, pp. 116 ss.).

(46) Rispetto all’“irruzione della vittima sulla scena penale in Europa” e ai suoi cascami in termini di ipertrofia, interventismo pervasivo penale e logiche preventivo-promozionali v. le belle pagine, fortemente polemiche, di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 8 ss.

(47) C. SAFFERLING, *Die Rolle des Opfers im Strafverfahren -Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht?*, in *ZStW*, n. 122, 2010, p. 88.

(48) S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, cit., p. 14.

(49) C. SAFFERLING, *op.cit.*, p. 88.

dica globale, va probabilmente intesa, (almeno) a livello domestico, come riflesso delle carenze e incapacità palesate dallo Stato, detentore del monopolio della coercizione, sul piano della *governance* complessiva della criminalità (della quale l'intervento penale dovrebbe costituire la *ultima ratio*, rispetto a politiche di *'public health approach'*): di fatto, emerge talora come componente di un tipo ricorrente di messaggio simbolico, repressivo, populista, di asserito impegno nella lotta al crimine in termini di innalzamento della severità del sistema penale. Quindi, esito del graduale processo di perdita di legittimazione del sistema della giustizia penale, inidoneo, tra l'altro, a edificare i presupposti per un reale reinserimento nella società dei condannati (50) e comunque a garantire la protezione degli innocenti (51). In questo gioco le pedine rappresentate dalle vittime fungono da involontari catalizzatori di consenso elettorale o sorte di feticci utilizzati per sviare l'attenzione dell'opinione pubblica a fronte delle inefficienze del sistema di controllo del crimine, nonché del fallimento della prevenzione rispetto alla vittimizzazione sul piano del confronto con conflitti etnici, ingiustizie sociali, diseguaglianze economiche e di opportunità (52). Del resto, politiche repressive di questo tipo non possono che nuocere anche agli interessi delle stesse vittime, delle quali solo quelle dotate di un potere sociale e di *entitlements* per accedere alla giustizia potrebbero tutelarsi in via preventiva — anche attraverso sistemi di tipo privato (es. guardie del corpo) — a discapito, ovviamente, delle categorie di vittime disagiate e quindi, nuovamente, escluse e “vittimizate” (53).

Inoltre, e in connessione, si è rilevato come l'ascrizione di diritti crescenti alle vittime di reato non rappresenti solo un riflesso dell'attribuzione di potere ai cittadini da parte dello Stato, ma sia anche funzionale all'implementazione del potere statale stesso, attraverso assunzione del compito di affrontare rischi o minacce alla società, in particolare quelle provenienti da categorie di delinquenti etichettati come pericolosi, quindi a una *governance* “attraverso il crimine” (54).

(50) L'euforia, propria degli anni sessanta del secolo scorso, per la risocializzazione è stata sostituita da una speculare euforia per la persona offesa secondo H.-J. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, in G. DORNSEIFER et al. (Hrsgg.), *GS für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 699.

(51) W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, cit., p. 14.

(52) In questi termini v. già uno dei padri della moderna vittimologia: E.A. FATTAH, *Victims and victimology: The facts and the rhetoric*, in *International Review of Victimology*, n. 1, 1989, p. 57.

(53) Cfr. A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, cit., pp. 196 s.

(54) J. SIMON, *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed Ame-*

L'adozione di *victim impact statements* diviene spesso un cinico stratagemma per incrementare la severità dell'intervento penale (di solito per ragioni populiste, che fanno leva sulla spontanea empatia con le vittime da parte di una quota rilevante della popolazione) (55): l'opzione *per* la vittima dissimula in realtà piuttosto un'opzione *con* la vittima, ma in funzione di politiche di tolleranza zero che con gli interessi reali delle vittime non hanno nulla a che vedere (56).

In tal modo, di fatto un diritto penale strutturato sull'impatto del crimine sulla vittima (e aperto al riconoscimento in capo a questa di diritti di partecipazione attiva al processo) costituisce una declinazione del *criminal labelling* orientato all'espansione e rafforzamento del potere coercitivo dello Stato.

La logica conseguenza di questo *trend* si apprezza non soltanto a livello di *Untermauerung* delle opzioni politico-criminali, ma anche sul piano prasseologico: in particolare, in termini di distorsione dell'equilibrio processuale a favore delle aspirazioni soddisfatorie della vittima e a spese del garantismo (57): fenomeno che secondo parte della dottrina non sarebbe che una strategia deliberata di controllo designata a mantenere le divisioni sociali e culturali proprie delle società occidentali contemporanee (58).

D'altronde, il pensiero 'scettico' previo alla riscoperta della vittima già da tempo segnala come l'invocazione alle prerogative e ai sentimenti delle vittime dissimuli un'ideologia *populista*, fondata sul panico sociale, sull'isteria della prevenzione e sul retribuzionismo più radicale, orientata a legittimare politiche criminali '*law and order*' e misure di segregazione punitiva (59). Ma la stessa riabilitazione del reo rientrerebbe in questo

rican Democracy and Created a Culture of Fear, New York 2007; cfr. anche R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of Trial Justice*, cit., pp. 227 s.

(55) A. ASHWORTH, *Victims' Rights, Defendants' Rights and Criminal Procedure*, in CRAWFORD-GOODEY (eds), *Integrating a Victim Perspective Within Criminal Justice*, Aldershot, 2000, pp. 185 ss.; cfr. anche i contributi in J. PRATT, D. BROWN, M. BROWN, S. HALLSWORTH, W. MORRISON (Eds.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Portland, 2005. Laddove la considerazione della vittima non è nulla più che rappresentazione "nella sostanza retorica", è facile che "l'inaccettabilità del fatto illecito subito si traduca, presenti certe condizioni del sentire socio-politico, in una continua rincorsa verso l'alto nell'ammontare delle pene comminate o applicate" (L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 528).

(56) W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, cit., pp. 101 ss.

(57) Nel senso che la tutela della vittima si ridurrebbe a un *topos* utilizzato strumentalmente per decurtare le garanzie individuali proprie dello Stato di diritto v. P.-A. ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft. Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln*, Berlin, 2010.

(58) V. già D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2001, pp. 179 ss.

(59) Parla di "*punitive populism*" D. GARLAND, *The Limits of the Sovereign State:*

paradigma di controllo sociale, in quanto simbolicamente orientata a scopi di controllo della società anche attraverso appello al senso di responsabilità sociale e alla disciplina dei cittadini (60).

Analogo fenomeno è poi rilevabile con riguardo alla giustizia internazionale. Gli stati egemonici perseguono obiettivi e strategie di controllo politico o globale, quindi di violenza selettiva contro stati o regimi che essi vogliono dominare, giustificando la coercizione attraverso falsi protocolli di vittimizzazione, es. rappresentando tali stati come minacce per l'ordine sociale universale. Emerge quindi il condizionamento della “*Western Civilization*” come fattore idoneo a creare modelli che si impongono attraverso un utilizzo strumentale della giustizia internazionale penale, funzionale a legittimare le ideologie dei poteri egemonici (61).

In generale, pare innegabile che la crescente attenzione alle vittime e il progressivo riconoscimento dei loro diritti siano anche asserviti all'esercizio e alla giustificazione del potere coercitivo, e quindi, per paradosso, alla esclusione nei confronti di individui o gruppi dai benefici civili o addirittura globali (62).

In realtà, vuoi per le ragioni da ultimo menzionate, vuoi per l'inadeguatezza delle scelte politico-criminali del legislatore nazionale, prive di un disegno coerente e spesso assunte sull'onda di situazioni emergenziali, nell'era dei diritti umani e della proclamazione dell'autonomia individuale la tutela integrata della vittima nella giustizia penale appare poco più che simbolica e retorica (63).

9. *Vittima e obblighi di tutela.* — Inoltre, va registrato il fenomeno dell'espansione esponenziale del ruolo della vittima nel c.d. diritto umanitario. Il sempre più prominente ruolo delle vittime nel diritto internazionale

Strategies of Crime Control in Contemporary Society, in *British Journal of Criminology*, n. 36, 1996, p. 448.

(60) Sulla relazione tra autorità dello Stato, cultura del controllo e riabilitazione v. D. GARLAND, *The Limits of the Sovereign State*, cit., pp. 445 ss.; S. REX, *A New Form of Rehabilitation?*, in A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, Oxford, 2. Ed., 1998, pp. 38 ss.; evidenzia la connessione tra riabilitazione, reintegrazione, riparazione alle vittime ed esercizio di potere egemonico R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of the Trial Justice*, cit., pp. 223, 225 ss.

(61) V. U. EWALD, “Reason” and “Truth” in *International Criminal Trials*, in R. HAVEMAN, A. SMEULERS (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of of International Crimes*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2008, pp. 399 ss.

(62) Cfr. L. FARMER, *Tony Martin and the Nightbreakers: Criminal Law, Victims and the Power to Punish*, in S. ARMSTRONG, L. McARA (eds.), *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*, Oxford, 2006, pp. 49 ss., 66.

(63) Cfr. R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of Trial Justice*, cit., p. 25, che parla a riguardo del paradosso della giustizia criminale.

penale contemporaneo (64) è ovviamente, in primo luogo, il prodotto dell'interfacciarsi tra grandi violazioni dei diritti umani in forma di atrocità di massa commesse su larga scala tra il secolo ventesimo e ventunesimo e la risposta della comunità internazionale (65). La questione più che mai proprio in questo ambito è stata presentata alla stregua di vero *problema di coscienza*, il che spiega anche gli esiti che questa espansione ha esercitato sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali.

Si fa ovviamente riferimento al tema, oggetto di un dibattito ormai più che decennale, dei vincoli positivi alla discrezionalità del legislatore in termini di deficit originario di protezione: nel momento in cui la vittima — le vittime, anonime individualmente ma note nella loro talora sconvolgente entità — diviene la ragione fondamentale della giustificazione dell'intervento penale (o quantomeno viene presentata come tale), l'impunità, quantunque garantita dal diritto domestico (attraverso amnistie), assurge a *lex iniusta* e viene quindi delegittimata.

La questione dell'ammissibilità di obblighi di tutela penale per il legislatore di fronte a diritti fondamentali della persona (dibattuta nel nostro paese ad esempio rispetto alla depenalizzazione dell'aborto e alla materia ambientale), sembrava avere incontrato una soluzione univoca, negativa, nel raffronto con il dettato costituzionale: principio di riserva esclusiva di legge del Parlamento rispetto alle scelte di incriminazione *ex art. 25, comma 2, Cost.*, e più in generale principio della divisione dei poteri individuano nel legislatore l'unico soggetto deputato a valutare liberamente se e in che misura siano presenti lacune di protezione nel diritto vigente e quali scelte di politica normativa debbano essere adottate a riguardo, escluso un sindacato della Corte Costituzionale, che non potrebbe ovviamente provvedere a colmarle estendendo l'ambito applicativo di fattispecie penali a fronte di inerzia del potere sovrano (66).

È altresì noto come la problematica abbia assunto coloritura assai meno definita quando si ponga rispetto a obblighi *sovranazionali* di tutela penale *ex art. 117 Cost.*

(64) V. ad es. R. HENHAM, *Some Reflections on the Role of Victims in the International Criminal Trial Process*, in *International Review of Victimology*, n. 11, 2004, pp. 201 ss.; S. MANACORDA, *La posizione della vittima nel diritto internazionale penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., pp. 117 ss.

(65) Cfr. ad es. C. HOYLE, *Can International Justice Be Restorative Justice? The Role of Reparations*, in N. PALMER, D. GRANVILLE, P. CLARK (eds), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, p. 195.

(66) Con riguardo al dibattito relative alla configurabilità di obblighi costituzionali di tutela penale v. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 171 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, pp. 26 ss., 76 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, pp. 47 ss.; recentemente v. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, pp. 91 ss.

E in generale, si può affermare che nello spazio giuridico globalizzato lo Stato tende a non essere considerato più il titolare esclusivo dello *jus puniendi*, e la crisi della statualità del diritto si riverbera nella corrispondente delegittimazione di una discrezionalità politico-criminale incondizionata del potere legislatore (fatto salvo il rispetto dei principi costituzionali) nel selezionare oggettività giuridiche di tutela e fatti suscettibili di reazione penale: obblighi di tutela penale imposti al legislatore interno emergono di fatto a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, così come obblighi positivi, anche di incriminazione, sono desumibili dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (67).

Ma non si tratta, ovviamente, solo della ormai ricorrentemente denunciata crisi del principio di sovranità (anche di quella legittimata democraticamente).

Prima ancora, è il *nomos* universale della tutela incondizionata dei diritti fondamentali dell'uomo a rendere irrilevanti le opzioni di tipo politico che con essa collidano, fossero pure scelte democraticamente convalidate e garantite dall'aderenza al dettato costituzionale: tutela *effettiva* dei diritti umani, che richiede necessariamente l'intervento penale concreto di fronte alla loro violazione: non sono sufficienti solo incriminazioni astratte (che rimarrebbero meramente simboliche), ma si richiede — in funzione della lotta all'impunità, ma di fatto in una prospettiva prettamente retributiva — che i responsabili delle più gravi violazioni dei diritti umani vengano effettivamente perseguiti e puniti con sanzioni serie e adeguate. Questa è l'indicazione che proviene dalla giurisprudenza della Corte Interamericana di San José, ma anche della Corte Europea di Strasburgo.

Ecco appunto gli esiti del nuovo ruolo della vittima nel diritto umanitario: lotta contro l'impunità come parola d'ordine; impegno a soddisfare le vittime (o il loro desiderio di vendetta) attraverso lo strumento presunto riparatorio della pena criminale; diritto alla verità per le vittime come dimensione complementare e imprescindibile del diritto alla giustizia (quantunque di difficile attuazione nel procedimento di tipo accusatorio, per le note ragioni legate ai limiti di allegazione probatoria, delle regole del giusto processo, delle restrizioni temporali imposte dal rispetto dei termini processuali) (68)

In tal modo, i diritti umani, da limiti garantistici all'intervento penale, diventano presupposti per l'attivazione dei pubblici poteri di coercizione, ragioni che addirittura impongono il diritto penale, secondo un rovescia-

(67) Cfr. C. PAONESSA, *op.cit.*, pp. 5 ss., 167 ss. (con riferimento alla CEDU) e 193 ss. (rispetto all'Unione Europea).

(68) Sul tema v. J. DOAK, *Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice*, cit., pp. 180 ss., 249 ss.

mento completo della loro tradizionale collocazione rispetto a questo: dai diritti dell'indagato/imputato ai diritti delle vittime; dai diritti umani come limite *contro* il diritto penale — come baluardo contro gli abusi del potere punitivo dello Stato — ai diritti umani come oggetto indefettibile di protezione; l'*impunità* si converte in motivo di doglianza di fronte alle Corti per i diritti umani. Nel giudizio diviene essenziale offrire adeguata soddisfazione alle ragioni della sofferenza delle vittime, dei loro familiari e spesso dei gruppi esponenziali che se ne fanno carico, distorcendo la logica che ispira l'accertamento della responsabilità penale in funzione della pace sociale.

10. *Riflessi prasseologici (e sottointesi ideologici) della tutela della vittima.* — La svolta culturale in direzione della *protezione* delle prerogative della persona offesa ha comportato l'affermarsi di orientamenti giurisprudenziali, ormai da anni nettamente maggioritari, che negano qualsiasi rilievo (esimente o anche solo attenuante) al ruolo della vittima rispetto al giudizio di responsabilità penale del reo, pure in ambiti di rischio assolutamente dominabili dalla vittima e anche di fronte a imprudenze macroscopiche della vittima stessa (69). Che si tratti di un *trend* non solo italiano emerge dalle analisi di quanti denunciano come ad esempio anche negli U.S.A. il crescente rilievo della posizione della vittima dissimuli la propensione a utilizzarla allo scopo del '*making sentencing more punitive*', riducendo, già solo attraverso lo strumento della gogna mediatica, il rispetto e il livello di tolleranza nei confronti di quanti vengono etichettati come delinquenti pericolosi (70).

Con riguardo al nostro paese, basti fare solo un cenno alla decurtazione operata dalla prassi giurisprudenziale dell'accertamento degli elementi del reato — specialmente rispetto a settori tipici della responsabilità colposa, come quelli della circolazione stradale, dell'infortunistica sul lavoro e della responsabilità medica — già frequentemente denunciata dalla dottrina: la sussunzione sotto leggi scientifiche viene ridotta a una mera etichetta adattabile a situazioni in cui la condotta del reo al più ha aumentato il rischio di verifica dell'evento lesivo; la previsione relativa all'effetto ablativo delle cause sopravvenute da sole sufficienti di cui all'art. 41, comma 2, c.p. è sostanzialmente disapplicata, in quanto queste ultime vengono fatte coincidere con accadimenti del tutto eccezionali e straordinari; la colpa è presunta sulla base di un concetto amplissimo di prevedibilità del tutto astratta ovvero desunta automaticamente dal rapporto di causalità (e, nel reato omissivo, dalla posizione di garanzia), con

(69) O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, cit., pp. 27 ss.

(70) C. HOYLE, *The Case for Restorative Justice*, in C. CUNNEEN, C. HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Oxford, Portland, 2010, pp. 9 ss.

sovrapposizione tra elemento soggettivo e oggettivo, escluso qualsiasi rilievo del principio di affidamento. Tutela — a oltranza — del lavoratore, dell'utente della strada in condizioni di inferiorità (secondo una gradazione decrescente di rigore: dal pedone, al ciclista, al motociclista), del paziente: laddove peraltro, quanto meno oppositivo è il ruolo della "vittima" — come nell'ultimo caso, della persona bisognosa di cura nei confronti del sanitario -, tanto più pregiudizievole per gli stessi interessi di questa è proprio un atteggiamento eccessivamente rigoroso della giurisprudenza (che infatti, rispetto alla responsabilità medica, sortisce esiti di c.d. *medicina difensiva* (71)).

Una tutela che, come si è acutamente osservato, viene assicurata addirittura contro la vittima stessa (72).

Proprio dalle tendenze riscontrabili a livello di *law in action* — non solo locale — sembra di potere arguire come la posizione della vittima rispetto agli interessi protetti dal procedimento penale costituisca una variabile dipendente più dal contesto ideologico di riferimento che dal diritto positivo, pur passibile di interpretazione (73). Inoltre, anche a questo livello sembra confermata l'impressione di una cospicua strumentalizzazione della vittima stessa per scopi non attinenti ai suoi interessi reali.

11. *La vittima vulnerabile.* — Proprio il tema della vittima come soggetto intrinsecamente debole e per questo bisognoso di tutela offre l'abbrivio per introdurre uno degli snodi fondamentali relativi alla questione della protezione stessa: quello del paternalismo nelle opzioni di politica legislativa che riguardano la vittima.

Al *trend* di un rinnovato paternalismo sembra da ascrivere, nel contesto della progressiva introduzione di tipi d'autore (immigrato clandestino, terrorista, pedofilo) e, quasi in parallelo, di *tipi di vittime*, il particolare rilievo che assume la vittima debole o vulnerabile (74).

(71) Cfr. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale « criminogeno »*, in *Riv.it.med.leg.*, 2011, pp. 1085 ss.

(72) O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, pp. 45 s. (sia pure con particolare riferimento a tema diverso, quello dell'autodeterminazione).

(73) Interessante il raffronto che Ombretta Di Giovine opera tra la giurisprudenza attuale e quella dell'epoca dell'avvento degli autoveicoli e del macchinismo, visti come fattori di progresso da ritenere prevalenti rispetto agli eventuali rischi all'incolumità personale ad essi connessi; nonché, in relazione all'infortunistica sul lavoro, quella "indulgenziale" nei confronti del datore di lavoro, la cui responsabilità veniva esclusa per il solo fatto di avere previamente avvisato il lavoratore del pericolo o fatto affidamento sulla sua esperienza, anche qui, conformemente al periodo storico di riferimento, in funzione di salvaguardia dell'industria nazionale (o del modello corporativo di rapporti sociali in epoca fascista): O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, cit., pp. 33 s., 46.

(74) S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, cit., p.

Vulnerabilità come *concetto relazionale*, in quanto spiegabile in connessione con situazioni di pericolo alle quali il soggetto è esposto (75): derivante da caratteristiche soggettive della vittima (minore, infermo fisico o psichico) o dalla tipologia di reato da cui origina la condizione (terrorismo, criminalità organizzata, reati di razzismo e xenofobia, reati sessuali e di schiavitù) (76).

L'offeso viene così trattato come persona bisognosa di protezione, da fonti esterne, ma anche da se stesso, ossia dai fenomeni di vittimizzazione cui è esposto per sua stessa natura.

Si è parlato recentemente di un rapporto indiretto tra vulnerabilità e fattori di discriminazione, nel senso che i secondi possono emergere come indici della prima: i soggetti che appartengono a minoranze etniche, razziali, sessuali, religiose, o disabili o minori sono più esposti a fattori di vittimizzazione secondaria e ripetuta (77).

La conseguenza che ne può facilmente discendere è la possibile discriminazione di altre persone proprio sulla base del pregiudizio legato a tale connessione: così ad es. l'esposizione sistematica a fenomeni di violenza da parte di soggetti non riconducibili alle categorie standardizzate (es. adulti, non infermi fisicamente o mentalmente né appartenenti a categorie svantaggiate, vittime di fatti di bullismo) non riceve particolare attenzione.

Sta di fatto che la vulnerabilità della vittima è spesso divenuta il presupposto delle nuove politiche punitive per la sicurezza (rivolte alla collettività, spesso sfruttando ondate di indignazione, registrate e nondirado studiatamente provocate dai mass-media) e del neo-paternalismo penale nei confronti delle vittime stesse: la progettazione di “supervittime”

13, che intravede in tale figura la “vera architrave della costruzione europea in questo campo”; tra i tipi, segnala tra l'altro vere e proprie “supervittime” (minori vittime di reati sessuali, donne vittime di reati sessualmente orientati e vittime collettive).

(75) M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., p. 62.

(76) La repressione dello *stalking*, con punizione aggravata per atti persecutori in danno di minore, donna in stato di gravidanza e soggetto disabile è concepita in funzione della vulnerabilità; analogamente il recente decreto legge in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere; rimarca come analoga operazione è finora mancata, invece, rispetto ai reati dell'ambito familiare ed educativo (incesto, abuso dei mezzi di correzione e disciplina, maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli), in cui oggetto di tutela permane la famiglia, e non la vittima vulnerabile H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., p. 97.

(77) M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., p. 65: per vittimizzazione secondaria si intende quella che può derivare dall'immissione negli ingranaggi della giustizia penale; ripetuta è invece quella proveniente dallo stesso autore o gruppo criminale in un certo periodo di tempo (v. ad es. *ibid.*, p. 62).

non pare funzionale alla considerazione della loro peculiare sofferenza, ma strumentale alla repressione di crimini di cui è possibile mostrare ai cittadini l'odiosità e rispetto ai quali si può facilmente motivare la necessità di un inasprimento sanzionatorio (78). Il che potrebbe spiegare il mutamento di prospettiva rispetto all'accesso al processo alla vittima: l'interesse di quest'ultima pare subordinato a quello pubblico all'accertamento — e alla rappresentazione dettagliata per ragioni mediatiche — dei fatti, quali fonti di prova di primo rilievo, o talora addirittura uniche, nell'interesse dell'accusa.

Un ulteriore risvolto di paternalismo dell'evoluzione recente si intravede nella tendenza alla *iperprotezione* delle vittime vulnerabili: al punto che queste ultime, potenziali testimoni, vengano emarginate dal processo e dagli ordinari metodi di formazione della prova, in ragione della loro presunta debolezza e ricettività rispetto a traumi nel contesto del giudizio, quali fonti di prova non affidabili (79).

Infine, il concetto di vulnerabilità — unitamente al *labelling* che ne consegue in capo a determinati gruppi di persone offese — può essere utilizzato strumentalmente in funzione di legittimazione di *lobbies* o comunque enti esponenziali che si autoproclamano rappresentanti delle categorie di vittime predefinite come “vulnerabili”.

Recentemente, peraltro, la Commissione Europea, nel contesto del pacchetto legislativo volto a rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione Europea (proposta di direttiva che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, 18.5.2011, COM (2011)275 def.), nella relazione estende la nozione di vulnerabilità della vittima — lessicalmente superata da quella di “vittime con esigenze specifiche di protezione” — al di là della riconducibilità a una specifica categoria predefinita, esclusa quindi ogni presunzione a riguardo, rimettendosi in sostanza la determinazione a un meccanismo di *individual assessment*: il criterio oggettivo e soggettivo di vittimizzazione si convertono pertanto in meri indici codificati (ossia, caratteristiche personali della vittima, tipo e natura del reato, nonché circostanze del reato) (80). Una soluzione *in progress* che, aprendo a un modello elastico idoneo ad ampliare il novero dei possibili destinatari, vuole giustamente evitare i rischi menzionati di

(78) Come avvenuto in Italia con le discipline in materia di violenza sessuale (l. 66/1996), di sfruttamento della prostituzione, pornografia, turismo sessuale nei confronti dei minori (l. 269/1998, nonché l. 38/2006), di tratta delle persone (l. 228/2003), di sicurezza pubblica, contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori (l. 38/2009).

(79) H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile*, cit., pp. 102, 124.

(80) Cfr. M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., pp. 69 ss.

etichettatura delle vittime e le connesse conseguenze attraverso l'eliminazione della presunzione di vulnerabilità (81).

12. *Approssimazioni vittimologiche alla giustizia criminale.* — Si è osservato come il rilievo della vittima rispetto alla funzione della pena si iscriva fondamentalmente, ancora una volta, nella prospettiva del reo: in particolare in quella specialpreventiva della risocializzazione, permettendo di apprezzare l'impegno del delinquente nel senso della riparazione all'offeso (82).

Prendiamo ora in considerazione alcune concezioni "vittimologiche" della giustizia, nelle quali cioè la risposta al reato da parte dell'ordinamento viene riferita direttamente alle aspettative della persona offesa e calibrata in funzione riparativa come *set* di interventi di tipo non paternalistico.

Va detto, peraltro, che la stessa risocializzazione, di per sé funzione tipicamente rivolta al reo, viene riletta anche nella prospettiva dell'offeso: la reintegrazione del reo nella comunità infatti non può essere scissa dalla ricomposizione della relazione con la vittima. Si tratta infatti di ristrutturare la relazione di *cittadinanza* tra reo e persona offesa: non si richiede che la vittima ristabilisca relazioni di amicizia con il reo, ma che accetti la sua reintegrazione come membro della comunità (in questo senso emerge una dimensione "laica", non moralista, della prospettiva riabilitativa).

13. *La necessaria sofferenza di Oreste: "restituzione speciale" come traduzione vittimologica della funzione della pena.* — Va in effetti inquadrata come prospettiva *liberal*, nel senso appunto di antipaternalista, la concezione di chi ritiene che le aspettative delle vittime assumano un significato normativo proprio rispetto all'inflizione della pena: recuperando in pieno la valenza comunicativa di quest'ultima, si ascrive alla risposta sanzionatoria la funzione di contrassegnare simbolicamente il danno alla vittima non come disgrazia, evento del destino o incidente fortuito, ma come effetto di una violazione giuridica della quale qualcuno è colpevole (83), e quindi come espressione di solidarietà e presa in carico da parte della collettività (84).

(81) Giustamente parla, con riguardo alla vittima vulnerabile, di uno statuto "a geometria variabile" (specialmente nella prospettiva dell'*individual assessment*) M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., pp. 73 s.

(82) E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, cit., pp. 16 s.

(83) K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in C. PRITZWITZ et al. (Hrsgg.), *FS Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 218; T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, cit., pp. 950 ss.

(84) V. ad es. G. P. FLETCHER, *Der Platz des Opfers in einer Vergeltungstheorie*, in B. SCHÜNEMANN, M. D. DUBBER (Hrsgg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, *Neue*

La pena intesa alla stregua di comunicazione interpersonale veicola una risposta diretta alla riparazione della vittima: alla quale non si pretende di insegnare — sul piano utilitaristico — quale sia il suo migliore interesse, oppure — in chiave moralistica — quale debba essere la sua aspirazione per poter essere accettata come razionale o legittima, o ancora — sul piano etico-collettivo — che forma debba assumere la sua richiesta per contribuire al bene comune della società; ma si assegna la prestazione più conforme alle sue aspettative che l'ordinamento può offrire, nei limiti dello Stato di diritto e delle funzioni che la risposta penale può esplicare.

Una sorta di peculiare declinazione della specialprevenzione positiva, qui assunta nella dimensione simbolica di “stabilizzazione” della particolare aspettativa di giustizia della vittima: riconoscimento pubblico dell'accaduto come fatto illecito di rilievo penale attraverso reazione adeguata (in senso commisurativo), per rassicurare la vittima che in futuro non accadrà più qualcosa di simile (85). Sotto questo angolo prospettico, si parla di prevenzione non nel senso della profilassi rispetto alla commissione futura di crimini da parte del reo o di terzi, ma, secondo prospettiva speculare e inversa, rispetto a ulteriori o perduranti danni per la vittima come conseguenze di quanto da lei subito. *Specialrestitutione* nel senso dell'orientamento della risposta penale al superamento del trauma da parte del soggetto leso: una risposta che peraltro, alla fine, consiste nel soddisfacimento dell'interesse della vittima all'inflizione di sanzione stigmatizzante nei confronti del reo.

Non deve stupire se si è parlato dell'esigenza di una vera e propria *risocializzazione della vittima* (piuttosto che del reo) da inglobare tra le finalità del diritto penale: la conversione traumatica di una persona in vittima comporta per essa la perdita improvvisa dell'orientamento sociale; quando ciò accade, è compito della comunità sociale reintegrare l'offeso nella società, altrimenti, a fronte del fallimento di tale istanza sociale, il trauma interiorizzato può divenire il primo anello di una catena di violenza, la ferita non medicata può degenerare in un'infezione incurabile (86).

La modifica in senso individualistico della pena come risposta orientata alla riparazione della vittima presuppone analogo riscrittura del codice semantico dell'illecito: con il commiato dalla visione pubblicistica della risposta penale come reazione al paternalismo vittimologico, il contenuto di offesa che caratterizza l'illeceità del fatto non sarà più valutato soltanto

Entwicklungen in Deutschland und in den USA, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, p. 81.

(85) Così W. HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensoffer*, Berlin, 2007, p. 134; cfr. già K. AMELUNG, *Auf der Rückseite der Strafnorm — Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation*, in J. ARNOLD et a. (Hrsgg), *Menschengerechtes Strafrecht*, München, 2005, pp. 9 ss.

(86) J.P. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters — als Problem*, München, 1999, pp. 24 ss.

in direzione della collettività e dei beni di cui essa è titolare, ma anche degli interessi della vittima; e la stessa colpevolezza dovrà essere rimodellata nel senso di includere nella sua definizione un contenuto di disprezzo, noncuranza o usurpazione arrogante degli stessi. In siffatta articolazione del diritto penale dovrebbe inquadrarsi l'idea della pena come *restitutione* (87).

Nel solco della teorie assolute si colloca invece la recente proposta “inclusiva” — conforme alla prospettiva neokantiana di Michael Köhler — di fondazione dell'illecito come lesione della relazione giuridica interpersonale di reciproco riconoscimento tra vittima e reo: l'*Anerkennungsverhältnis* è necessariamente *tripolare*, laddove anzi l'intervento della mediazione statale è successivo rispetto alla relazione tra reo e persona offesa e funzionale a connettere la lesione del diritto all'ordinamento sociale come generalità. Compito della funzione restitutiva del diritto penale è dunque quella di ripristinare la singola relazione individuale di riconoscimento che è stata violata con la commissione del reato (88).

14. *Funzione restitutiva generale come esito del victim-centred approach.* — Appunto nella direzione segnalata si orientano quelle recenti interpretazioni che intraprendono decisamente il tentativo di rileggere le tradizionali teorie della pena nella prospettiva della persona offesa. Il concetto cardinale su cui si fonda tale prospettiva è quello di soddisfazione delle aspettative della vittima (*Genugtuung*), intese queste ultime non in senso arcaico-retribuzionistico come desiderio di vendetta, ma come riparazione della situazione soggettiva dell'offeso e ripristino dell'ordinamento violato (89).

La cornice “ideologica” nella quale si iscrive il modello di inclusione normativa della vittima è quella della concezione del conflitto giuridico come “conflitto reale” tra persone fisiche e quindi della critica all'idea dell'esclusiva statale della risposta coercitiva: si parla infatti di una “riper-

(87) Di una teoria della restituzione come funzione della pena orientata alla vittima (“*Generalrestitution*” e “*Spezialrestitution*”, a seconda che si rivolga a vittime virtuali o reali) si fa sostenitore W. HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfer*, cit., pp. 176 ss., 190 ss.

(88) R.P. ANDERS, *Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren*, in *ZSTW*, n. 124, 2012, pp. 403 ss., che richiama espressamente come precursore dell'idea della *Anerkennungsverhältnis* come *ratio* dell'orientamento del diritto penale alla persona offesa K. SEELMANN, *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, cit., pp. 675 s.

(89) Cfr. T. WEIGEND, “*Die Strafe für das Opfer?*” — *Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht*, in *RW*, n. 1, 2010, p. 57. Contesta come del tutto irrazionale la ricorrente svalutazione del bisogno di retribuzione in capo alle vittime A. SARHAN, *Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik*, Berlin 2006, p. 215.

sonalizzazione” del conflitto stesso (90). Con evidente richiamo alla nota obiezione, già propria dell’abolizionismo, rivolta al monopolio statale dell’intervento penale ai sensi della quale quest’ultimo, nella sua prepotente affermazione storica, avrebbe operato una vera e propria espropriazione autoritativa del conflitto ingenerato dal crimine dalle mani di coloro a cui propriamente appartiene (91).

La parabola neo-vittimocentrica intende recuperare invece alla persona offesa un ruolo attivo già direttamente nella definizione del conflitto.

Conseguentemente, si è tentato di ottimizzare le teorie della pena già note al secolare dibattito penalistico convertendole in funzione delle attese delle persone offese dal reato.

Significativamente, da questa trasmutazione delle categorie tradizionali della funzione della pena vengono estromesse totalmente le concezioni assolute: vuoi perché la fondazione dell’intervento su esigenze di giustizia scisse da qualsiasi considerazione di utilità sociale sembra non attagliarsi a una considerazione degli effetti del delitto sulla vittima; sia, più semplicemente, per evitare che questa chiave di lettura possa dare adito a qualsiasi tipo di legittimazione, anche solo indiretta, all’idea della retribuzione come pura vendetta (92).

Viene invece invocata la prevenzione generale, nel senso che (anche) la persona offesa avrebbe un interesse giuridicamente rilevante al ristabilimento della norma violata sotto il profilo per cui essa garantisce il bene individuale della vittima leso dal reato. In questo interesse si identificherebbe la c.d. *Genugtuung*, quale restituzione simbolica dell’affidamento nella norma trasgredita, rivolta peraltro non alla generalità dei consociati, ma delle *potenziali* vittime: anche nei confronti di queste ultime il diritto penale conferma l’invariata vigenza dell’aspettativa conforme alla norma di *essere messi dall’ordinamento nelle condizioni* di esercitare la propria sfera di libertà senza venire sistematicamente pregiudicati dal comportamento

(90) W.A. WELKE, *Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts. Zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht*, Frankfurt a. M. 2008, *passim*.

(91) N. CHRISTIE, *Conflicts as Property*, in *British Journal of Criminology*, n. 17, 1977, pp. 1 ss., 3, 8; L.H.C. HULSMAN, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, in *Contemporary Crises*, n. 10, 1986, pp. 72 s.; ID., *The Right of the Victim not to be subordinated to the Dynamics of Criminal Justice*, in Z. SEPAROVIC (Ed.), *Victimology, International Action and Study of the Victims*, n. 1, 1989, pp. 25 ss.; nel senso che l’egida della pretesa punitiva statale avrebbe defraudato la persona offesa da reato della sua posizione di soggetto v. anche D. FABRICIUS, *Besserer Opferschutz oder Überwinden der Opferschaft?*, in *GA*, 1998, pp. 470 s.

(92) Cfr. L. SAUTNER, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten*, Innsbruck, 2010, p. 47, 372; C. PRITZWITZ, *Opferlose Strafrechtstheorien?*, in B. SCHÜNEMANN, M. D.DUBBER (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, pp. 47, 51, 59.

altri (pertanto, *Generalrestitution* (93), ovvero, secondo altra proposta terminologica, *Opferprävention* (94)).

Si direbbe, in realtà, che l'aspettativa di intangibilità dei propri diritti da parte di altri che, in caso di violazione della norma, viene colmata con la restituzione secondo il concetto menzionato, sia di tipo *cognitivo* piuttosto che *normativo* (95), nel senso che sembra rinforzare sul piano degli effetti psico-sociali concreti quel senso di sicurezza fondato sul funzionamento dell'apparato della coercizione che supporta la generale fiducia dei cittadini nella vigenza delle norme (96).

Riparazione — non solo materiale — della persona offesa come implementazione della funzione *restitutiva* della vigenza normativa violata.

Entrambe le prospettive, tanto *specialrestitutiva* quanto *generalrestitutiva*, volte a restaurare quella fiducia pubblica e al tempo stesso individuale lesa dal reato, scontano come minimo l'obiezione che usualmente viene addotta contro le teorie preventive: quella dell'*immanente tendenza espansiva*, in questo caso dei diritti partecipativi della vittima e, conseguentemente, dell'aspirazione di questa alla punizione del reo. Laddove poi la prospettiva vittimocentrica introduce un ulteriore fattore di incomensurabilità che rende ancora più potenzialmente indefinita la risposta punitiva: la *misura* della sanzione, riferita al soddisfacimento del bisogno soggettivo di giustizia della persona offesa, ovvero dell'esigenza di reintegrazione della vittima e di conferma del suo affidamento nella vigenza delle norme, risulta ancor più incircoscivibile (97).

Del resto, configurare un diritto soggettivo della vittima alla riparazione penale — e quindi alla celebrazione del procedimento nei confronti di chi ella afferma essere autore dell'offesa, o addirittura alla punizione del "suo" colpevole — significherebbe demolire completamente la logica sottesa ai principi costituzionali di personalità della responsabilità, presunzione d'innocenza e *nemo tenetur se detegere* in cui si radica il garantismo moderno (98).

(93) W. HOLZ, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfer*, cit., p. 176.

(94) L. SAUTNER, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, cit., p. 371.

(95) Cfr. G. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, p. 31.

(96) In senso critico, ritiene che a tale versione modificata della generalprevenzione positiva vadano riportate le obiezioni tradizionali avanzate contro la "teoria-base", in particolare quella relativa al generale "*instrumentalisierende Dilemma*", nel senso che la pena e la sua commisurazione al singolo reo diverrebbero mere funzioni del bisogno di motivazione degli altri consociati R.P. ANDERS, *Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren*, cit., pp. 398 s.

(97) R.P. ANDERS, *Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren*, cit., pp. 399 s., 402.

(98) Riconosce in via di eccezione un vero e proprio diritto soggettivo, addirittura di rango costituzionale (attraverso lettura combinata dell'Art. 2, Abs. 1 e Art. 1, Abs. 1 Grundgesetz), all'accertamento dei fatti e, ove positivo, alla punizione dei medesimi, in capo

15. *Il conflitto decentralizzato: verso la giustizia ricostruttiva.* — La presa d'atto che l'assunzione da parte dello Stato del ruolo di vittima simbolica attraverso la rivendicazione del monopolio della coercizione non può coincidere con la riparazione delle vittime reali comporta il contestuale riconoscimento di garantire *aliunde* — al di là e anzi al di fuori del processo penale — servizi e meccanismi di compensazione per le persone offese.

Oltre a ciò si aggiunge la considerazione sempre più diffusa secondo cui la dinamica del processo penale è orientata per sua natura a ignorare le condizioni di privazione o svantaggio in cui molti autori di reato operano: il che costituisce una delle principali cause di vittimizzazione ulteriore (99). Una dinamica comunque — in quanto circoscritta all'accertamento di responsabilità individuali — inadeguata a garantire realmente giustizia riparativa, nel senso di risanamento del *range* completo di relazioni pregiudicate dalla condotta criminale (100): si sottolinea spesso, anzi, l'effetto traumatizzante di cui il processo è potenzialmente foriero nella vittima (c.d. vittimizzazione secondaria) (101) attraverso la rievocazione dei fatti, l'esperienza del rivivere emotivamente l'esperienza traumatica, l'esposizione ad attacchi personali alla sua credibilità e finanche moralità in funzione delle ragioni della difesa, il potersi ritrovare faccia a faccia con l'imputato, ma anche la ritualità talora fredda e distaccata della procedura, le intimidazioni o minacce provenienti dall'imputato, dai suoi complici, dal suo ambiente (102).

Basta insomma tenere presente la dimensione prettamente 'individuale' ed esistenziale della vittimizzazione, la cui complessità esperienziale non può essere compresa dal linguaggio, specialmente da quello standar-

alla vittima di gravi crimini contro la personalità T. WEIGEND, „*Die Strafe für das Opfer*“?, cit., pp. 52 s. Laddove, a tacer d'altro, si ritiene già risolto il potenziale conflitto con i diritti di segno analogo (questi sì, forniti di specifica tutela costituzionale) dell'indagato. Peraltro, in sostanza i diritti della persona offesa vengono ridotti alla pretesa a vedere prese in considerazione le proprie richieste e informazioni e alla comminazione di una sanzione al reo adeguata all'illecito commesso (con evidente compressione della discrezionalità giudiziale nella ponderazione dei vari elementi), secondo il modello dei *victim impact statements*.

(99) L. ZEDNER, *Reparation and Retribution*, cit., p. 250, che ipotizza addirittura una *relazione inversa tra colpevolezza e distribuzione sociale del danno*; sul punto v. anche S.P. GREEN, *Just Deserts in Unjust Societies: A Case-specific Approach*, in R.A. DUFF, S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, cit., pp. 352 ss.

(100) Cfr. ad es., con particolare riferimento all'art. 75 Statuto di Roma, C. MCCARTHY, *Reparations under the Rome Statute of the International Criminal Court and Reparative Justice Theory*, in *International Journal of Transitional Justice*, n. 3, 2009, p. 270.

(101) V. ad es. G. DE SIMONE, *Le forme di tutela della vittima*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., pp. 61 s.

(102) Riconosce invece anche un impatto positivo al processo, nel senso della sua capacità "cicatrizante della ferita inferta con il reato" e di contributo nella terapia di recupero della vittima (tutelata appunto grazie al processo), H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile*, cit., p. 101.

dizzato e ad alto livello di formalizzazione proprio del processo penale, per rendersi conto di come quest'ultimo sia quanto di più refrattario ad assorbire le istanze provenienti dalla "voce delle vittime": nulla più che uno slogan — spesso ripetuto a livello mediatico per le ragioni populistiche che già si sono segnalate — di fronte alla realtà epistemologicamente congetturale e soggettiva della vittimizzazione (103).

L'ulteriore dato insuperabile è che il processo è concepito per assumere come oggetto di prova e di riparazione le offese di tipo corporale e materiale piuttosto che i pregiudizi emozionali o psicologici (come la perdita di dignità, di senso di felicità, di confidenza, sicurezza, autostima) e quindi risulta difficilmente modificabile nel senso di venire incontro alle reali esigenze delle vittime (104).

La patente inadeguatezza della nozione di responsabilità individuale emerge poi in contesti di violenza di natura collettiva e radicata nella cultura e nella storia (105). L'ideologia *lato sensu* retributiva — radicata nella ritualità e "maestà" della giustizia penale e del messaggio di vendetta a cui essa pare veicolata (106) — che ispira l'intervento coercitivo, tanto a livello domestico, quanto nel contesto globale, costituisce un indubbio ostacolo allo sviluppo di diritti partecipatori delle vittime alla tipologia di *governance* rappresentata dalla giustizia criminale (107).

Considerazioni che confermerebbero come le prerogative legittimabili

(103) Cfr. recentemente l'«*evential existential approach*» suggerito da in D. SPENCER, *Event and Victimization*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2011, pp. 39 ss., ptc. 48 ss.

(104) V. D. ROCHE, *Truth Commission and the International Criminal Court*, in *British Journal of Criminology*, n. 45, 2005, p. 565 (con particolare riferimento al contesto della giustizia internazionale).

(105) R. HENHAM, *International Sentencing as a Force for Achieving Peace Through Justice*, in N. PALMER, D. GRANVILLE, P. CLARK (eds), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, cit., p. 170, che sottolinea tra l'altro come, al di là degli stereotipi e delle generiche affermazioni retoriche circa i principi che dovrebbero ispirare il *sentencing*, non vi sia alcun obbligo normativo per i giudici di assicurare che le giustificazioni alla base delle loro decisioni e le sanzioni conseguenti risultino realmente rilevanti ai fini della soddisfazione dei bisogni delle vittime e delle comunità in stati post-conflittuali (op.ult.cit., p. 172).

(106) J. GARDNER, *Crime: In Proportion and Perspective*, cit., p. 235.

(107) R. HENHAM, *Sentencing and the Legitimacy of the Trial Justice*, p. 235; ma già in lavori precedenti Ralph Henham auspica l'evoluzione verso modelli inclusivi idonei a permettere una più ampia comprensione degli interessi morali implicati: v. ad es. ID., *International Sentencing in the Context of Collective Violence*, in *International Criminal Law Review*, n. 7, 2007, pp. 463 s.; ID., *Towards Restorative Sentencing in International Criminal Trials*, in *International Criminal Law Review*, n. 9, 2009, pp. 809 ss.; e ad assicurare una partecipazione piena alle vittime (sensibilmente maggiore di quella oggi consentita dallo Statuto di Roma), che devono rappresentare un *input* significativo nel processo decisionale del giudice: una partecipazione estesa anche a comunità di supporto dei partecipanti non professionali, come appunto le vittime (M. FINDLAY, R. HENHAM, *Transforming International Criminal Justice. Retributive and Restorative Justice in the Trial Process*, Cullompton-Devon, 2005, pp. 278 s.).

della vittima — quelle riparative — possano essere massimizzate realmente solo nell’ambito di strategie decentrate (108) di risoluzione del conflitto: attraverso adozione di protocolli di *restorative justice* (109).

Si fa riferimento a un modello di tipo negoziale tra soggetti attivi e passivi del reato, orientato a creare sul piano psicologico una empatia tra di essi, derivante dal riconoscimento della propria colpevolezza da parte del reo e di un suo atteggiamento di pentimento, che si riverbera in una diminuzione del risentimento e del senso di alienazione per la vittima: e che ha come ambizioso obiettivo primario proprio il risanamento delle relazioni intersoggettive (110).

(108) Il necessario decentramento rispetto al ‘monolite’ della potestà punitiva dello Stato implica anche uno scrupoloso e costante adattamento al contesto locale e situazionale di riferimento nella cornice di un approccio estremamente rispettoso delle sensibilità, della cultura, delle tradizioni, nonché un’approfondita comprensione delle cause remote dei fenomeni criminali: con riguardo allo specifico della giustizia internazionale (in cui peraltro la “dimensione locale” della risposta assume un significato peculiare) cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, pp. 225 ss.

(109) M. CAVADINO, J. DIGNAN, *The Penal System: An Introduction*, London, 2002, pp. 54 ss. Il tema incontra un interesse crescente nella dottrina italiana: v. tra gli altri G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria ‘dignitosa’ del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari. Quaderni Dipartimento di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza*, n. 2, 2010, pp. 99 ss.; A. MESTITZ, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, 2004; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 1171 ss. Inoltre, nell’ambito dell’ormai sterminata bibliografia internazionale, tra i classici v. J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989; ID., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, 2002; J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990 (repr. 2002); J. DIGNAN, M. CAVADINO, *Towards a framework for conceptualising and evaluating models of criminal justice from a victims perspective*, in *International Review of Victimology*, n. 4, 1996, p. 153; G. JOHNSTONE, *A Restorative Justice Reader*, Cullompton, 2003; H. STRANG, J. BRAITHWAITE (eds.), *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Aldershot, 2000; A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M.SCHIFF (Ed.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, cit.; L. ZEDNER, *Reparation and Retribution: are they reconcilable?*, cit., p. 228; H.J. ZEHR, *Changing Lenses*, cit.

(110) Seguendo le “gender lines” suggerite da Heidensohn, la giustizia penale sembra seguire il modello “Portia”, orientato a evidenziare un modo di pensare razionale e basato sui diritti, pertanto focalizzato sul bisogno di eguaglianza tra i sessi di fronte alla legge, ma incapace di vedere il contesto sociale più ampio nel quale le donne sono svantaggiate e diseguali rispetto agli uomini anche prima di trovarsi faccia a faccia con il sistema penale; invece la giustizia conciliativa pare comparabile al modello “Persefone”, ispirato a un’etica della cura, relazionale, informale e cooperativo (F. HEIDENSOHN, *Models of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice*, in *International Journal of the Sociology of Law*, n. 14, 1986, pp. 287 ss. Cfr. anche G. MASTERS, D. SMITH, *Portia and Persephone Revisited: Thinking about Feeling in Criminal Justice*, in *Theoretical Criminology*, n. 2, 1998, pp. 5 ss.).

Inoltre la riparazione implica come conseguenza anche, ove necessario (ossia, in situazioni di transizione da conflitto), la rifondazione sul piano morale e psicologico della comunità lacerata, e il risanamento delle ferite (*healing*), nonché, attraverso il necessario *truth-telling process*, la ricerca di un consenso della comunità sulla verità storica ricostruita attraverso la narrativa tanto delle vittime quanto dei perpetratori di grandi crimini. L'esempio storico, come noto, sono state le *truth commissions: forum* deputati a questa complessa e partecipata indagine, effettuata in uno spazio "empatico" in cui vittime e autori di reato possono esprimere pubblicamente le loro esperienze e contribuire così a una sorta di processo catartico di riedificazione delle basi morali della società.

16. *Ripensare la giustizia criminale in senso inclusivo: un forum per (tutte) le vittime.* — La filosofia della *restorative justice*, quale paradigma comunicativo di stabilizzazione sociale, dovrebbe offrire dunque risposte alternative alla pena in senso tradizionale orientate alle aspettative delle vittime.

Questo nuovo approccio alla giustizia criminale sta riscuotendo sempre maggiore interesse, anche a livello sovranazionale.

Indicazioni a riguardo a livello comunitario sono rinvenibili nell'art. 10 della decisione quadro del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), che sancisce il diritto della vittima di poter fruire di percorsi alternativi di giustizia riparativa, in particolare della mediazione; e nell'art. 13 delle raccomandazioni del Comitato dei Ministri agli Stati membri R(2006)8 sulla mediazione in materia di giustizia penale. Entrambe rappresentano, per il momento, significative eccezioni alla tendenziale costruzione dei diritti delle vittime nel contesto europeo in una cornice di controllo sociale di tipo punitivo piuttosto che *restorative* (111).

Restituzioni, compensazione e riabilitazione sono i capisaldi della giustizia ricostruttiva, sulla base dei principi di mutuo rispetto, legittimazione di tutte le parti implicate nel processo, responsabilizzazione e assunzione di responsabilità, inclusione di tutte le parti rilevanti nel dialogo, con particolare considerazione per la vittime. Si tratta di meccanismi indirizzati a offrire riparazione a danni materiali ma anche emozionali, relazioni lacerate, a favorire la rifondazione della dignità e autostima della vittima

(111) K. ROACH, *Due Process and Victim's Rights*, Toronto, 1999, pp. 30 ss. Una cornice peraltro confermata anche dalla Convenzione di Istanbul del 2011, che all'art. 48, n. 1 prevede un espresso divieto di metodi alternativi di risoluzione dei conflitti o di misure alternative alle pene obbligatorie ("Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo destinate a vietare i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra cui la mediazione e la conciliazione, per tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione").

nonché degli altri *stakeholders* riconosciuti come aventi un legittimo interesse, incluse le intere comunità. E di strategie di risoluzione collettiva di tipo collaborativo del conflitto, del suo reale emergere nel passato e delle sue implicazioni per il futuro.

In particolare, a favore delle vittime sono previste forme di restituzione, ossia misure deputate a restaurare lo *status quo ante* della vittima (in termini di diritti, libertà, cittadinanza, o di accesso al lavoro o benefici, o restituzione di beni; ovvero di riaffermazione della propria dignità) (112), localizzazione, identificazione e recupero dei resti delle persone che sono state uccise o sono scomparse (113). Nel contempo, misure atte a garantire che quanto accaduto non si ripeterà più: cessazione delle violazioni, ritorno a una vita libera da paure, scuse ufficiali, dichiarazioni giudiziali che riaffermino la dignità della vittima, pubblica divulgazione della verità, commemorazioni (delle vittime, ovvero anche di quanti hanno cercato di prestare loro aiuto).

Nonché sistemi di compensazione: non solo rispetto a beni economici, ma anche fisici, mentali e morali, attraverso una vera e propria quantificazione delle offese (laddove la compensazione finanziaria può essere avvertita come offensiva dalle vittime, come una sorta di mercimonio, o ‘*blood money*’ (114)).

Peculiare rilievo assumono poi le attività di riabilitazione: cure sociali, mediche e psicologiche, nonché servizi legali. E di riparazione simbolica, sulla scorta del significato che può assumere il riconoscimento dello status delle vittime e degli accadimenti; la narrativa e la ricostruzione della verità emergente da procedure genuinamente dialogiche; infine il significato del fare pubblica ammenda, dell’espressione del rimorso da parte dei perpetratori dei crimini (115).

E anche la dimensione di condanna sociale nei confronti di questi ultimi (116): ma secondo una complessa strategia comunicativa, fondata

(112) Non certo, invece, nel senso di neutralizzare integralmente gli effetti traumatici dei crimini: “cosa è in grado di riparare la salute e la serenità rovinata; la perdita di una persona amata o di un’intera famiglia; di un’intera generazione di amici; la distruzione di casa, cultura, comunità e pace?” (N. ROHT-ARRIAZA, *Reparations Decisions and Dilemmas*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, n. 27, 2004, p. 159).

(113) Cfr. M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 2008, p. 117.

(114) C. HOYLE, *Can International Justice Be Restorative Justice?*, cit., p. 202.

(115) La classificazione è tratta sostanzialmente da P. DE GREIFF, *Justice and Reparations*, in P. DE GREIFF (Ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, 2006, p. 455.

(116) A favore di paradigmi integrati — retributivi e riparativi — che, superando la sterile dicotomia tra le due dimensioni, in realtà complementari, non perdano comunque di vista anche l’esigenza di una censura effettiva nel contesto della giustizia internazionale, conformemente all’obbligo morale della comunità internazionale di perseguire e condannare i più gravi crimini e implementare così i diritti umani universali, C. HOYLE, *Can International*

sull'idea secondo cui la comunità ha bisogno di entrare in un *dialogo morale* con il reo, per potergli comunicare la condanna sociale di ciò che ha fatto, in funzione di un rafforzamento (piuttosto che di una decurtazione) della relazione tra reo e resto della comunità. Non si tratta di un approccio meramente 'espressivo' di tipo feinberghiano, nel senso di utilizzare la pena come mezzo convenzionale per esprimere il risentimento, l'indignazione, la disapprovazione dell'autorità titolare della potestà punitiva o di coloro in nome dei quali la pena è inflitta (117), ma piuttosto come '*two-way process*', in cui una parte tenta di rivolgersi alle ragioni dell'altra, piuttosto che alla sua paura: in questa prospettiva, il processo va inteso non come deterrente, ma come responsabilizzante, e lo sforzo che deve essere compiuto in tal senso prescinde dagli effetti psicologici concreti, in quanto è dovuto anche qualora si sia sicuri che il reo rimarrà irremovibile e irriforabile.

Un modello di *giustizia sostanziale o qualitativa, di tipo discorsivo*, che ha come *target* una considerazione quanto più ampia possibile degli individui e delle loro esigenze (*justice as alterity*) (118), nonché una ponderazione tra i diritti soggettivi delle diverse parti: si concepisce come superamento del paradigma formale o distributivo, proprio della tradizione del diritto pubblico (e quindi del diritto penale in quanto collocato come sua propaggine), orientato alla ricostituzione equa dei rapporti giuridici secondo una sorta di proporzione geometrica (119). La giustizia conciliativa non punta a edificare nuovamente l'eguaglianza relazionale nel trattamento di una moltitudine di soggetti, attribuendo prestazioni (positive o negative) secondo la misura dei meriti, della colpevolezza, delle capacità, ma piuttosto a incrementare le capacità di tutti i soggetti — *in primis* il reo — di assumersi responsabilità nei confronti della collettività.

Così, ad esempio, la prospettiva suggerita recentemente da Roberto Gargarella (120) rispetto alla giustizia transizionale nel peculiare contesto dei fatti di violenza di massa ordinati dalle dittature sudamericane, radicata sulla teoria normativa di tipo deliberativo della democrazia, che assume

Justice Be Restorative Justice?, cit., pp. 208 s.; Id., *The Case for Restorative Justice*, cit., pp. 40 ss.

(117) V. J. FEINBERGH, *The Expressive Function of Punishment*, in Id., *Doing & Deserving. Essay in the Theory of Responsibility*, Princeton and London, 1970, pp. 95 ss.

(118) Il lessico è mutuato da B. HUDSON, *Victims and Offenders*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M.SCHIFF, *Restorative Justice & Criminal Justice*, cit., p. 178.

(119) V. ad es M. KÖHLER, *Iustitia distributiva: Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit*, in *ARSP*, n. 79, 1993, pp. 457 ss.; B.S. BIRD, J. HRUSCHKA, *Lex iusti, lex iuridica und lex iustitiae in Kants Rechtslehre*, in *ARSP*, n. 91, 2005, pp. 484 ss

(120) R. GARGARELLA, *Human Rights, International Courts and Deliberative Democracy*, in N. PALMER, D. GRANVILLE, P. CLARK (eds), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, cit., pp. 101 ss., in ptc. 105 ss.

inclusione sociale e pubblica discussione (assieme alla *massima distribuzione delle informazioni* e all'*eguaglianza sociale ed economica*) come requisiti essenziali di legittimità del diritto: le norme, secondo lo studioso argentino, devono essere considerate prodotto di un esteso dibattito pubblico, cui prendano parte tutti i soggetti potenzialmente riguardati dalle norme stesse (121).

Giustizia 'inclusiva', radicata nella pubblica discussione rispetto a situazioni *transitional* post-traumatiche, orientata a cementare la legittimità del diritto anche a livello domestico (122).

Si tratta insomma di *output* che dovrebbero soddisfare quel legittimo desiderio di giustizia della vittima e quel bisogno di rinsaldare la sua fiducia nella vigenza delle norme violate e in generale nell'autorevolezza dell'ordinamento (specialprevenzione positiva, rivolta alla vittima) che parte della dottrina ascrive alla sanzione penale tradizionalmente intesa (ma che, verosimilmente, non è inscindibilmente ad essa connesso, ben potendo essere conseguito anche, e forse in maniera più efficace, con strumenti di tipo riparativo e conciliativo).

Paradigmi riparativi modulati sullo schema '*truth, justice and redress*' potrebbero offrire prestazioni più efficaci non solo sul piano della risocializzazione del reo, nella misura in cui i protocolli adottati siano effettivamente idonei a favorire un incontro tra delinquente e vittima in modo da porre il primo a confronto diretto con le conseguenze concrete del fatto commesso e metterlo in condizione di comprendere il significato di illiceità e la ragionevolezza della risposta dell'ordinamento (secondo l'interpretazione dell'art. 27, comma 3 Cost., avallata anche dalla Consulta) (123); ma anche su quello della prevenzione generale positiva, nel senso del possibile conseguimento di effetti di pacificazione sociale e di controllo delle cause della recidiva (124), contribuendo oltretutto a smorzare il desiderio di vendetta delle vittime e, rispetto a situazioni conflittuali, ridurre le *chance* di una potenziale *escalation* del conflitto.

(121) Cfr. il concetto di pratica sociale frutto di deliberazione collettiva, nell'ambito di una concezione che assegna valore *epistemologico* al processo democratico, in C.S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho, Derecho come morale applicata*, a cura di M. Latorre, Milano, 1999, pp. 148 ss., 167 ss., 199 ss., 203; v. già ID., *The Epistemic Value of Democracy*, in *Ratio Juris*, n. 4, 1991, pp. 36 ss.

(122) Cfr. M. FINDLAY, *Activating a Victim Constituency in International Criminal Justice*, in *The International Journal of Transitional Justice*, n. 3, 2009, pp. 183 ss., in pct. 191 ss.

(123) Cfr. L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2008, pp. 192 ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 1174 ss.

(124) Cfr. E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, cit., pp. 20 s.; L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, cit., pp. 528 s.

Inoltre, la giustizia conciliativa è per natura disancorata da pretese riconducibili all'idea di proporzionalità (125): anzi, l'essenza del modello 'restorative' sta *primariamente* nell'implementazione degli interessi delle vittime (oltre che nella reintegrazione del reo), mentre la simmetria dell'*output* conseguito rispetto agli accadimenti appare meramente strumentale, essendo invece necessaria l'elaborazione di strategie che, per raggiungere gli obiettivi riparativi e pacificatori, lasci ampia discrezionalità agli operatori (126).

Discrezionalità che, ovviamente, può tramutarsi in arbitrio e in quella legittimazione appunto "asimmetrica" della parte situazionalmente più forte o che gode del maggior favore, già paventata in precedenza. Tutto sommato però, se è vero che, in realtà, lo stesso paradigma retributivo di giustizia non garantisce nemmeno la proporzionalità della risposta penale (127), probabilmente la perdita che potrebbe generare un deciso orientamento verso meccanismi di giustizia conciliativa è più apparente che reale.

In generale, le strategie di *restorative justice* permettono una partecipazione più efficace delle vittime, laddove la loro presenza nel processo penale ordinario pregiudica i diritti dell'imputato; tenendo oltretutto presente che i protocolli della giustizia penale ordinaria possono ingenerare nelle persone offese sentimenti di paura o insicurezza (128). Invece nel

(125) V. *supra*, § 5.

(126) Cfr. ad es. I. EDWARDS, *Victim Participation in Sentencing: The Problem of Incoherence*, in *Howard Journal of Criminal Justice*, n. 40, 2001, pp. 39 ss.

(127) Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 1163, 1166: la retribuzione si limita a riprodurre il male del reato nella negatività della pena, presupponendo — ma in realtà stabilendo in maniera fittizia — una corrispondenza analogica tra le due forme di *malum* e di conseguenza l'esigenza di un calcolo aritmetico della quantità di pena detentiva necessaria a contrassegnare sul piano simbolico la gravità del fatto antiggiuridico e colpevole; ma "il concetto di proporzionalità retributiva... non è in grado di indicare... alcun contenuto specifico della pena e, pertanto, risulta utilizzabile (ve n'è ampio riscontro storico) per legittimare *qualsiasi* criterio di rapporto fra reati e pene che il legislatore ritenga di introdurre a fini preventivi" (*ibid.*, p. 1167). Pertanto l'istanza garantista sottesa alla proporzione come baluardo alla potestà punitiva è in realtà irrealizzabile attraverso la logica di reciprocità che sta alla base del modello retributivo. "Piuttosto che in un *corrispettivo*, la risposta al reato potrebbe consistere in un *percorso*", in "un *progetto* che cerchi *in concreto* di sanare nella misura del possibile la frattura aperta dal reato nei rapporti interpersonali e sociali" (L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, cit., p. 527) La filosofia retributiva e il vincolo alla proporzionalità costituiscono un ostacolo all'integrazione della vittima (e allo sviluppo di strategie di *restorative justice*) anche secondo R. HENHAM, G. MANNOZZI, *Victim Participation and Sentencing in England and in Italy: A Legal and Policy Analysis*, in *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, n. 3, 2003, pp. 287, 292, 297 s., 306 ss., 314.

(128) Sul tema v. recentemente V. DE MESMAECKER, *Antidotes to injustice? Victim statements' impact on victims' sense of security*, in *International Review of Victimology*, n. 18, 2012, p. 133 ss.

contesto di approcci informali non punitivi sono proprio le vittime — assieme ai loro familiari e sostenitori — a giocare il ruolo fondamentale (e non i giudici, o la pubblica accusa, o la difesa), vedendosi riconosciuto il potere di decidere se accettare l'espressione di scusa e il piano di riparazione da parte del reo (129).

La giustizia conciliativa punta soprattutto a incrementare le capacità di tutti — *in primis* il reo — di assumersi responsabilità nei confronti della collettività: a “dare voce” ai vari soggetti del conflitto, attraverso procedure che permettano la più ampia considerazione delle loro ragioni e aspettative, ma anche a responsabilizzarli, favorendone il reinserimento in un contesto sociale pacificato.

LUIGI CORNACCHIA
Associato di Diritto penale
Università del Salento

(129) K. ROACH, *Due Process and Victim's Rights*, cit., 33 s.