

L'interminabile dibattito sulla teoria e metodologia della c.d. mediazione penale, che certo non ha agevolato lo sviluppo di esperienze di giustizia riparativa, mi richiama alla mente una famosa pagina dei Viaggi di Gulliver, ove Swift narra di una lunga guerra dei minuscoli abitanti dell'isola di Lilliput contro quelli dell'isola di Blefuscu: grande è lo stupore di Gulliver quando apprende che la ragione della guerra è la teoria sul modo di rompere le uova prima di mangiarle, sostenendo gli uni che si debbano rompere dalla parte aguzza, gli altri dalla parte più tonda.

*di Giovanni Rossi
Procuratore della Repubblica presso il
Tribunale per i Minorenni di Perugia*

LA DIRETTIVA 2012/29/UE. VITTIMA E GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL SISTEMA PENALE: IL DIRITTO A GARANZIE NEL CONTESTO DEI SERVIZI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA

5° inserto

(*) Continuiamo la pubblicazione ad inserti mensili dell'intervento di Giovanni Rossi al Convegno "Prospettive di cambiamento dell'esecuzione penale", contributo conclusivo della I^a edizione del Master in *Diritto Penitenziario e Costituzione* organizzato dall'Istituto Superiore di Studi Penitenziari e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi 'Roma Tre'. In considerazione dell'attualità dell'argomento trattato la redazione ha reso in anticipo disponibile l'intero intervento sul sito ministeriale www.giustizia.it nella sezione "Pubblicazioni, studi e ricerche". Di questa pubblicazione forniamo di seguito anche il sommario completo.

... segue

Giustizia riparativa e affidamento in prova al servizio sociale.

Per le ragioni e nei limiti premessi, si procede ad una breve disamina della giurisprudenza in materia di affidamento in prova al servizio sociale⁽¹⁾ della Corte di Cassazione, peraltro chiamata ad occuparsi in massima parte del risarcimento del danno, oggetto di prescrizione nell'ambito di detta misura⁽²⁾. Tuttavia, in taluni arresti, sui quali merita soffermarsi, la Cassazione si è dovuta pronunciare su temi che le hanno consentito alcuni spunti notevoli in direzione di un accesso ad un «procedimento di giustizia riparativa» conforme al dettato della recente Direttiva.

(Segue) La prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima».

Anzitutto, vanno evidenziate due sentenze del 2001, dello stesso 23 novembre 2001, ove si inquadra la prescrizione di cui all'art. 47, comma settimo, Ord. Pnt., posta a confronto con l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 176 c.p..

Ebbene, la sentenza n° 407, premesso che la prescrizione «che l'affidato si adoperi, per quanto possibile, in fa-

vore della vittima del reato» è «obbligatoria, ma di carattere elastico», potendosi esplicitare «mediante qualsiasi forma di sostegno morale o materiale realizzabile nel caso concreto», precisa poi che «l'integrale adempimento delle obbligazioni civili – salva sempre l'ipotesi di materiale impossibilità – è condizione per il più ampio beneficio della liberazione condizionale (art. 176 C.P.), che presuppone il già conseguito ravvedimento del condannato; l'istituto dell'affidamento in prova implica invece che il processo di rieducazione sia ancora *in fieri*, e quindi la solidarietà verso la vittima assume la veste di obbligo accessorio che – attesa l'ampiezza della previsione legislativa – può realizzarsi durante lo svolgimento della misura con qualsiasi intervento fattibile ed utile, di carattere non necessariamente patrimoniale, ma eventualmente anche personale. Ne segue che non sempre le modalità di esplicazione dell'attiva solidarietà saranno determinabili *a priori*, e talora dovranno essere individuate, in relazione alle esigenze ed alla disponibilità dell'offeso, alle capacità dell'autore del reato e ad ogni altra circostanza del caso concreto, nel corso stesso della misura»⁽³⁾.

La sentenza n° 410 poi, conforme quanto alla definizione della prescrizione di cui al citato comma 7 ed al confron-

to con l'art. 176 c.p., ritiene la prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima» «svuotata di contenuto quando – per indisponibilità della persona offesa o per altra ragione – l'attiva solidarietà risulti [...] effettivamente e sotto qualsiasi forma, inattuabile in concreto». In tal caso, pertanto, «nessuna modalità *sostitutiva* è prevista dalla legge, né può essere introdotta mediante l'obbligatorio svolgimento di un'attività, seppure di generica utilità sociale, a favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità e il diverso significato ed orientamento finalistico di tale prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo ed afflittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova».

Orbene, con riferimento alla ritenuta illegittimità dell'imposizione della prescrizione *surrogatoria* non si può che rimandare a quanto ampiamente articolato nel mio recente lavoro più volte evocato, per evitare un superfluo appesantimento del presente scritto⁽⁴⁾, mentre, quanto alla comparazione con la liberazione condizionale, ci si limita qui al rilievo che la lettura esclusivamente risarcitoria dell'istituto appare assai lontana della precedente prevalente giurisprudenza di legittimità, avvalorata dalla sentenza 138 della Consulta, invero di pochi mesi precedente l'arresto in esame.

Ciò detto, va soprattutto sottolineato, per passaggi strettamente afferenti al tema analizzato, come le due sentenze appaiano precocemente in linea con la Direttiva, sia in ordine alla necessità del fondamentale consenso della vittima che alla estensione del concetto di riparazione, e tuttavia se ne distanziano quando sembrano affidare l'operazione riparativa all'iniziativa del condannato: sul punto siamo quindi fuori da un «procedimento di giustizia riparativa», che prevede tra l'altro l'essenziale interposizione di un terzo agevolatore.

(Segue) Protesta di innocenza vs negazione dei fatti essenziali.

Sul tema della confessione del condannato con riferimento all'*affidamento in prova al servizio sociale*, la Corte di Cassazione si è pronunciata più volte affermando che non è richiesta dalla legge per l'ammissione alla misura e talora, nell'enunciare che il condannato ha «il diritto di non ammettere le proprie responsabilità»⁽⁵⁾ anche dopo il passaggio in giudicato di una condanna, ha motivato il principio sul rilievo della «possibilità di una revisione di essa»⁽⁶⁾, sempre che, ha pur precisato, non sia stata assunta «alcuna iniziativa processuale per otte-

nerla»⁽⁷⁾.

La Cassazione ha tuttavia affermato che, se l'eventuale «atteggiamento di negazione dell'addebito», in taluni arresti sottilmente distinto dalla «mancanza di senso critico»⁽⁸⁾, non configura in sé una ragione ostativa all'ammissione al beneficio, può invece rilevare negativamente ove si traduca «nel rifiuto dell'istante di prendere coscienza della gravità dell'accusa e di partecipare all'opera rieducativa»⁽⁹⁾ o, in altri termini⁽¹⁰⁾, nella non «accettazione» della «sentenza e quindi [...] della sanzione a lui inflitta» e della «dovuta collaborazione nel percorso rieducativo», o ancora «in un persistente atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione»⁽¹¹⁾: in ogni caso incidendo, «in un contesto di analisi globale della personalità», sulla valutazione della «idoneità della misura alternativa a contribuire al reinserimento sociale del condannato ed a contenerne la pericolosità sociale», di cui non può essere univocamente «sintomatica» «l'assenza di confessione», che «può essere dettata dai più svariati motivi»⁽¹²⁾.

Se però, almeno in via per così dire automatica, è pacifico che la negazione dell'addebito non rileva ai fini dell'ammissione all'*affidamento in prova*, ove tuttavia si traduca nella negazione anche del «nudo» fatto potrebbe essere di impedimento, pur in costanza di prognosi di non recidivanza, ad un giudizio di idoneità della misura a «contribuire alla rieducazione del reo» attraverso una prescrizione riparativa ritenibile essenziale, nel caso concreto, per il trattamento rieducativo in libertà, nondimeno per far sì che la predetta prognosi poi si inveri, non solo per meri meccanismi di coazione indiretta⁽¹³⁾.

E infatti alla «prescrizione di adoperarsi in favore della vittima» può farsi luogo solo se l'autore del reato, se non ammetta la colpevolezza, almeno «riconosca i fatti essenziali del caso», premessa logicamente ineludibile per una «riflessione» sugli stessi e quindi sulle «azioni di riparazione» *ex art 27 Reg. Pnt.*, «possibili» poi ove la vittima sia consenziente e in grado di accoglierle.

In altri termini, se la prescrizione risarcitoria, previo accertamento della capacità economica di chi ne sarà destinatario, può soddisfare la doverosa applicazione della norma di cui al comma 7 dell'art.47⁽¹⁴⁾, ove detta prescrizione sia impossibile il Tribunale di sorveglianza «deve» pur sempre prescrivere che il condannato «si adoperi» *altrimenti* in favore della vittima «in quanto possibile». Ebbene, in tale inciso oggi debbono confluire

le dettagliate garanzie di cui all'art.12 della Direttiva, tra le quali appunto, oltre alla valutazione dei profili di opportunità⁽¹⁵⁾ ed il consenso da parte dell'autore del reato, anche il previo «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»⁽¹⁶⁾: solo successivamente all'ammissione alla misura munita di prescrizione riparativa nel rispetto di dette garanzie, potrà il servizio sociale affidatario attivare il «servizio di giustizia riparativa», che preliminarmente verificherà, anche sulla base di dette condizioni d'accesso, la eventuale disponibilità della vittima e la praticabilità dell'avvio dell'esperienza – impregiudicati, anche nel corso del suo svolgimento, eventuali successivi fattori impedienti.

Va peraltro evidenziato che, come ogni altra prescrizione che va ad innervare la misura alternativa in esame in vista delle sue espresse finalità rieducative, anche la prescrizione di possibile azione riparativa in favore della vittima è pensabile solo se si presume che potrà essere adempiuta, almeno quanto alla parte richiesta all'autore del reato (riconoscimento dei fatti essenziali, riflessione, consenso all'attivazione di un servizio di giustizia riparativa⁽¹⁷⁾). Orbene, se v'è radicale disconoscimento del "nudo" fatto⁽¹⁸⁾ ed è così impedito *in limine* ogni «procedimento di giustizia riparativa» (e ancor prima l'opera rieducativa di cui all' art. 27 Reg.Pnt.), sarà impensabile una prescrizione «di adoperarsi in favore della vittima»; come sarà impensabile una prescrizione risarcitoria se v'è rifiuto di risarcire il danno da parte del reo che pur ne abbia capacità economica; ma, alla stessa stregua, il rifiuto di contatti con il servizio sociale renderà non dettabile una «prescrizione che il soggetto dovrà seguire in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale», o il rifiuto di stabilire una qualsivoglia dimora renderà non dettabile una prescrizione ad essa relativa, e così via. Insomma, il condannato è libero di comportarsi come vuole, ma tali libere previe prese di posizione rispetto alle possibili prescrizioni della particolare misura alternativa richiesta, non potranno che essere elemento negativo di valutazione (ovvero elemento sintomatico di indisponibilità all'opera rieducativa) per il giudice che deve decidere in ordine all' ammissione all'*affidamento*.

Ma per meglio articolare il tema della distinzione tra ammissione di colpevolezza e «riconoscimento dei fatti essenziali del caso», possono essere di aiuto le precisazioni di un autorevolissimo logico del linguaggio⁽¹⁹⁾: «due persone possono essere in disaccordo sul fatto che sia o no accaduto qualcosa» («disaccordo nella credenza») e «d'altra parte [...] pos-

sono essere d'accordo sul fatto che un dato evento sia effettivamente verificato [...] eppure assumere atteggiamenti profondamente diversi –o addirittura opposti– nei confronti dell'evento stesso», manifestando così «una divergenza di opinione circa la valutazione dell'evento in questione» («disaccordo nell'atteggiamento»).

Ma anche ammesso – e non concesso – che si possa prescindere da una interpretazione conforme alla Direttiva, il mediatore può intervenire solo se v'è il «riconoscimento dei fatti essenziali», perché solo a questa condizione può proporre alla vittima un confronto con aspettative di buona riuscita, soprattutto nell'esecuzione penitenziaria⁽²⁰⁾. E di sicuro implicherebbe un inaccettabile rischio di ulteriore vittimizzazione l'invio del caso ad un servizio di giustizia riparativa sulla base del mero consenso del condannato, sul giustificativo assunto che la vittima – in ardua ipotesi consenziente per così dire al buio⁽²¹⁾ – potrebbe pur sempre abbandonare l'esperienza se il condannato, nonostante il giudicato, persistesse in una radicale protesta di innocenza.

È sulla base di un «accordo nella credenza», ovvero quando la narrazione della vittima possa almeno convergere sui «fatti essenziali del caso» riconosciuti dall'autore del reato, che un «servizio di giustizia riparativa» può tentare di aiutare le "parti" ad affrontare il «disaccordo nell'atteggiamento». E se è vero che il fatto è già stato accertato (e giudicato come reato) tuttavia non di rado, soprattutto ove questo sottenda un significativo legame tra autore del reato e vittima, tale *accertamento* (operato con le categorie giuridiche sostanziali e processuali imposte ai giudici) potrebbe porsi in termini non co-estensivi⁽²²⁾– per difetto o eccesso quali/quantitativo – rispetto alla desiderabile e possibile *pan*-oramica visione condivisa o meno divisiva dell' accaduto raggiungibile nel corso di una mediazione, anche in vista di una altrettanto (congrua e così) condivisa azione riparativa.

3.3. Giustizia riparativa e *probation* processuale.

Come premesso, non rimane che qualche cenno da dedicare alla più problematica convivenza della condizione *de qua* con il principio di presunzione di innocenza negli spazi aperti alla giustizia riparativa nella fase processuale. In proposito appare ovvio osservare che tale questione presenta particolare interesse a seguito della recente Legge n.67 del 2014, introduttiva del *probation* processuale nei codici penali, che, pur bisognosa di urgenti, serie correzioni per una sua più efficiente e significativa

applicazione, pur tuttavia valorizza vittima e riparazione, ed impegna in modo particolare (seppur, allo stato, *ultra vires*) l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna, lo stesso coinvolto nell'implementazione dell'*affidamento in prova al servizio sociale*: questa coincidenza potrebbe avere virtuosi riflessi sulle prassi relative a questa *misura alternativa*, ponendo buone premesse per un suo necessario aggiornamento normativo.

Abbiamo già evidenziato come la Direttiva condizioni sì l'accesso ai servizi di giustizia riparativa al «riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato», ma consapevolmente soggiunga che ove si tratti di «persona indagata o imputata» sia fatta «salva la presunzione d'innocenza» (considerando 12), il che non può esser che inteso nei termini di cui alla Raccomandazione del 1999, §14: la partecipazione alla mediazione (oggi, più correttamente, si ripete, ad un «procedimento di giustizia riparativa») non deve essere utilizzata come prova dell'«ammissione della colpevolezza [*admission de culpabilité/ admission of guilt*]» nel prosieguo del procedimento penale.

Tale condizione non è espressamente richiesta – come lo stesso consenso di entrambe le parti – né dall'art 29, comma 4, della legge sulla giustizia penale di pace, che pur sembra farsi carico della Raccomandazione del 1999 con il divieto assoluto di utilizzabilità «ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti» nel corso dell'attività di conciliazione/mediazione⁽²³⁾, né nell'ambito del *probation* processuale di cui alla citata Legge 67/2014⁽²⁴⁾, né nel contesto di cui all'art.28 del D.P.R. 448/88, che pur non nominando la mediazione, chiaramente la evoca nel 2° comma 2⁽²⁵⁾.

In assenza di indicazioni di legge, e in costanza di una ancora non avvenuta assimilazione della recente Direttiva, nelle interpretazioni della dottrina e degli operatori del diritto non possono che registrarsi contrasti sulla compatibilità del riconoscimento dei «fatti essenziali» con la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), oltre che con il connesso principio del *nemo tenetur se detegere* (art. 24 comma 2 Cost.).

Ma il contrasto, dai toni spesso ideologici, a ben vedere si ridimensiona ove si valorizzi la prudente, equilibrata formula usata dalla Direttiva (per la quale, si ripete, è sufficiente il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso», e dunque non necessaria l' «ammissione della propria colpevolezza [*culpabilité/ guilt*]» nei termini proposti nel precedente paragrafo muovendo dalle categorie logi-

co-linguistiche «di-saccordo nella credenza»/«disaccordo nell'atteggiamento»⁽²⁶⁾, solo quest'ultimo potendo essere ragionevolmente oggetto di una mediazione accettabile dalla persona offesa, soprattutto nella fase iniziale del procedimento.

Lo spontaneo «riconoscimento dei fatti essenziali» va infatti ben distinto dalla piena ammissione di colpevolezza (pur sempre possibile – e invero non rara – libera scelta dell'indagato/imputato), che, se richiesta quale indefettibile condizione d'accesso, a ragione avrebbe potuto giustificare obiezioni garantistiche⁽²⁷⁾.

L'imputato può, non deve necessariamente mentire o tacere, tantomeno se si pone il tema di un possibile «procedimento di giustizia riparativa» in uno scenario di *giustizia mite*⁽²⁸⁾, che può funzionare solo se l'accusato non rimanga incistato nel tradizionale gioco difensivo, e possa riconoscere almeno «i fatti essenziali», come sopra intesi, e la persona offesa possa essere aiutata ad accettare tale riconoscimento come base per un confronto costruttivo: tutto il percorso parte necessariamente da questa reciproca iniziale disponibilità. Certo, la condizione del mero consenso del presunto offensore ne potrebbe determinare una maggiore disponibilità all'adesione al percorso, cui però corrisponderebbe una minore (se non minima) disponibilità della persona offesa, con posa di una pietra tombale sulla operatività dei «servizi di giustizia riparativa» nel procedimento penale.

IV. Per concludere.

Le risorse? Almeno una doverosa⁽²⁹⁾, buona formazione, comunque con l'incoraggiamento delle indimenticabili metafore di Omero. Il saggio Nestore così si rivolge al figlio Antiloco nell'imminenza di una gara di carri che lo vede tra i concorrenti: «*Tu sai girare bene intorno alla mèta. Ma i tuoi cavalli son tardi a correre; e penso che sarà un guaio. Son più veloci i cavalli degli altri. Essi però non fanno molte più astuzie di te. Tu dunque, mio caro, tutta mettiti in cuore l'arte, ché i premi non ti debban sfuggire. Per l'arte più che per forza il boscaiolo eccelle, con l'arte il pilota sul livido mare regge la rapida nave, squassata dai venti, per l'arte l'auriga può superare l'auriga*» [Iliade, libro XXIII, vv. 309-318].



Note:

1 - Si limiterà l'esame agli arresti successivi al varo dell'art. 27 Reg. Pnt., vero spartiacque, nonostante non sia mai stato citato, neppur fuggacemente.

2 - Sul punto si fa qui una brevissima sintesi. Se «la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale non è subordinata al risarcimento del danno in favore della vittima, difettando una disposizione prescrittiva in tal senso», tuttavia «l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima dei danni arrecatele rientra tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego della misura»: Cass. 9.7.2001, n. 30785; cfr. anche, *ex plurimis*, Cass. 25.9.2007, n. 39474, e Cass. 8.2.2008, n. [8258](#).

Per contro, il risarcimento del danno deve essere oggetto di prescrizione, ai sensi dell'art.47, comma settimo, Ord.Pnt. (*ex plurimis*, cfr.Cass 20.11.2000, n. 8919, 8.3.2001, n. 15098, 8.2.2008, n.8258), ma solo previo accertamento sulla capacità economica del condannato (*ex plurimis*: Cass. 23.2.2012, n. 9676, e 21.1.2014, n. 7476).

Infine, la mancata osservanza della prescrizione può comportare la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale e, a maggior ragione, il giudizio negativo finale circa l'esito dell'esperimento, «potendo assumere rilievo, in tale specifica ipotesi, il fatto costituito dall'accertata possibilità che il condannato avrebbe avuto di osservare, senza insopportabile sacrificio, la suddetta prescrizione» (cfr. Cass. n. 29194 del 19.6.2003).

La Direttiva si sofferma anche sul tema del risarcimento: *consideranda* 49, 62 e artt. 4, 9 e soprattutto 16 (c.2: «gli stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima»).

3 - Così Cass. n. 407 del 23.11.2001, che soggiunge: «è pertanto legittima la previsione in forma generica all'atto dell'affidamento, posto che la necessaria specificazione potrà avvenire successivamente a cura del Magistrato di sorveglianza, in forza dei suoi poteri di modifica e integrazione delle prescrizioni adottate dal Tribunale (co. 8 dell'art. 47 L. n. 354/1975) e valendosi dell'attività informativa e di supporto del servizio sociale (co. 9)».

4 - Contributo pubblicato nel succitato «L'Eco» dell'ISSP, in particolare, nn. 3, 4 del 2013.

5 - Cfr. Cass.: n. 33287 del 2013; n. 13445 del 2013, n. 8258 del 2008.

6 - Cass. n. [2295](#) del 28.3.2000.

7 - Cfr., seppur in materia di semilibertà, Cass. n. [2481](#) del 3.4.2000: se v'è «inerzia processuale», dopo molti anni, l'«atteggiamento negazionista» può assumere valore sintomatico e dunque «qualificarsi sul piano prognostico», sempre ove «si saldi coerentemente un contesto valutativo che ne qualifichi l'essenza come atteggiamento di non rifiuto del passato e, correlativamente, di non apertura verso un *nuovo* e alternativo percorso di esperienze che sappia cogliere appieno le opportunità offerte dalla progressione tratta mentale».

8 - Cass. n. [2295](#) del 28.3.2000, che sembra distinguere la valutabile «la mancanza di senso critico», «espressione della persistenza di un atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione», dalla neutra «la mancanza di senso critico» che sia invece «frutto di una protesta di innocenza».

9 - Cfr. Cass. n. 13445 del 2013.

10 - Cfr. Cass. 11.6.2013, n. [33287](#), che censura l'omessa valutazione del risarcimento del danno, «primo segno tangibile di una volontà riconciliativa».

11 - Cfr. Cass.: 28.3.2000 n. [2295](#); 20.2.2008, n. [18388](#), nonché 8.2.2008, n. [8258](#), per la quale può confluire nella complessiva valutazione negativa «il rifiuto del condannato di affrontare un problema grave quale è l'accusa di abusi sessuali e quindi di partecipare all'opera di rieducazione, anche al di fuori della confessione che non può essere pretesa».

12 - Cfr. Cass.: 11.6.2013, n. 33287; 20.2.2008, n. 18388; 27.2.2014 n.9680.

13 - Si pensi, ad es. alla fenomenologia dei *delitti di relazione*, non solo familiare. V. *supra* II.3.

14 - Ovviamente, con la prescrizione relativa al risarcimento del danno alla vittima (ove e nei limiti in cui sia accertata la capacità economica dell'autore del reato)

siamo fuori dalla giustizia riparativa nel senso stretto in cui la intende la Direttiva. E ne siamo fuori – come oggi, almeno per la giurisprudenza di legittimità, pur dalla prescrizione di cui al comma 7 dell'art. 47 – anche quando si tratti di prescrizioni di “riparazione indiretta in favore della vittima” (ovvero: nei casi in cui, impossibile in concreto un diretto adoperarsi in favore della vittima, ci si possa adoperare, per tramite di un ente esponenziale, in favore di soggetti diversi dalla vittima ma che, per condizioni/contexto, la evocano, consentendo così al condannato di concentrarsi sull'esperienza del reato e delle sue riparabili conseguenze) o di prescrizioni relative alla “riparazione in favore della collettività” nei c.d. reati senza vittima (qui è l'intera collettività che viene offesa, secondo costruzione normativa, ed è quindi alla collettività che deve essere diretta la riparazione, attraverso una volontaria attività lavorativa non retribuita che ne soddisfi le aspettative, ma sempre in qualche modo connessa al bene giuridico presidiato dalla norma penale violata): ancora si rinvia a «L'Eco» dell'ISSP n. 3 del marzo 2013. In queste ipotesi si tratta di prescrizioni che rientrano nell' ampia discrezionalità del Tribunale di sorveglianza (cfr. commi 2, 5, 6 art.47), purché imposte quale idoneo mezzo rispetto agli esclusivi fini di contribuire alla «rieducazione del reo» e alla sicura «prevenzione che egli commetta altri reati».

15 - Si veda la nota n. 19.

16 - Nella esecuzione penitenziaria, peraltro, potrebbero non porsi problemi di garanzia in ordine a una acquisizione del «riconoscimento dei fatti essenziali» da parte dell'UEPE o del «gruppo di osservazione e trattamento», di cui poi dar sintetico conto al Tribunale nell'ambito dell'inchiesta o della relazione penitenziaria che compendia i dati dell'osservazione. È infatti solo nel corso del processo che sembra sensata la premura garantistica della succitata Raccomandazione del 1999 (IV.9), secondo la quale «la decisione di rinviare un caso alla mediazione penale [...] dovrebbe essere di esclusiva competenza del potere giudiziario»: punto sul quale la Direttiva tace.

17 - Questa prescrizione può dar luogo infatti, per dirla in termini civilistici, ad una *obbligazione mezzo*, non di risultato, per la possibile indisponibilità della vittima/impraticabilità dell'esperienza, che renderebbero impossibile l'adempimento della prescrizione, e così

ininfluente il suo inadempimento ai fini della valutazione dell'esito della prova.

Analogo discorso vale anche per l'assegnazione «a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi» ex art. 21, comma 4 *ter*, secondo periodo, Ord. Pnt.: infatti, le condizioni di accesso ad un servizio di giustizia riparativa si estendono, secondo la Direttiva, anche alle «vittime indirette». L'impossibilità di una siffatta attività in favore delle «vittime indirette», oltre che ovviamente nei casi di “reati senza vittima”, potrebbe indurre a orientare il trattamento rieducativo verso la prestazione di «attività a titolo volontario e gratuito [...] nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività», ex art. 21, comma 4, primo periodo.

18 - In questi termini, il «riconoscimento» sarebbe, almeno in parte, compatibile con la possibilità di proporre richiesta di revisione ex art. 629 ss. c.p.p., come, ad esempio, nel caso di indicazione di prove nuove tali da imporre, se accertate, una sentenza di assoluzione perché «il fatto non costituisce reato». Ma anche a prescindere dal rilievo, non è il condannato obbligato a chiedere solo la misura dell'*affidamento in prova*, altre essendovene, con diversi presupposti, più compatibili magari con l'iniziativa processuale per ottenere la revisione. Cfr. note nn. 78 e 79.

19 - I. M. Copi, *Introduzione alla logica*, Il Mulino (1964), pp. 54-60 e 116 s.. Sul punto, anche con rinvio al predetto Autore, G. Mannozi, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in «Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima» (a cura di G. Mannozi), Giuffrè (2004), pp. 38-43, che, premesso come nella mediazione non sia «ovviamente in discussione la definizione penalistica del conflitto» e neppure «il fatto», da cui, «almeno nel suo nucleo oggettivo essenziale», «normal-mente [...] la mediazione prende le mosse», conclude che «il conflitto che nasce da un disaccordo sull'atteggiamento rispetto ad un fatto è il campo di elezione della mediazione», che lavora anche «sulla percezione dei fatti».

20 - Mentre infatti, prima del definitivo accertamento del reato, e soprattutto nella fase iniziale del procedimento, la persona offesa, ancora non “cristallizzata” vittima, può ragionevolmente accettare

un confronto sul "nudo" evento, appare improbabile che ciò possa accadere in sede di esecuzione della misura alternativa, dopo molti anni dalla commissione del reato, se non quando la *verità processuale* sia ritenuta dalla vittima insoddisfacente (per qualche percepito, significativo verso) rispetto alla narrazione accusatoria ed ai propri vissuti, e questo "scarto" la motivi – anche in prospettiva di una azione riparativa delle conseguenze del reato – ad un *dialogo* con il reo che su detta narrazione, almeno quanto ai «fatti essenziali», convenga.

21 - Cfr. A. Ceretti e C. Mazzucato, in nota n. 98, sulla stessa difficoltà operativa del mediatore in costanza di una radicale protesta di innocenza da parte dell'autore del reato.

22 - In particolare, se oggetto di questioni *in fatto e diritto* già risolte dal passato, "metalinguistico" processo e confluite nell'iscrizione *ab externo* della responsabilità e nella modulazione della pena, i motivi, le intenzioni, le giustificazioni, le conseguenze dell'evento, se questo è riconosciuto, possono essere oggetto anche di un «procedimento di giustizia riparativa», ma con gli strumenti e le finalità ad esso pertinenti, e nel linguaggio e dal punto di vista dei soli mediatori di cui, per contro, variamente si diffida nel processo: dell'imputato, perché, se non silente, ha – entro certi limiti – il diritto di mentire, della persona offesa, *non presuntivamente credibile*, dovendo la sua dichiarazione essere valutata «con ogni opportuna cautela» e potendo essere assunta come fonte di prova solo se venga sottoposta a un riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, a maggior ragione se «parte civile».

23 - È nell' art. 29, 4° co., d.lg. 28.8.2000, n. 274 che il legislatore ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento penale la parola *mediazione*: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio». È evidente il progresso rispetto alla notarile "verifica" della volontà definitiva delle parti prevista, in chiave esclusivamente deflattiva, dall'art 555 c.p.p. ad opera del giudice monocratico, preferito al pubblico ministero (cfr. l'abrogato art. 564, 1° comma, c.p.p.), inspiegabilmente a

mio sommosso giudizio, ma non di un autorevole Autore, per il quale non gli s'addice «la maschera del pacificatore».

Il giudice di pace ha dunque il dovere (ma, per Cass. 6.7.2012, n.39401, si tratta di discrezionalità, nonostante l' art.2, comma 2, d.lg. dianzi citato, peraltro dalle implicazioni qui non coltivabili, se non con mero rinvio ai successivi artt.34 e 35) di «promuovere la conciliazione», e cioè svolgere un'opera diretta, anche differita, a sollecitare la «conciliazione» (ove si punta ad un epilogo remissorio, raggiungibile anche senza un'attività di mediazione), e, «ove occorra», inviando le parti ad un «centro pubblico o privato» di mediazione (che mira invece a riattivare la comunicazione tra i configgenti, ed il cui esito positivo, almeno in teoria, potrebbe anche non implicare un accordo sulla chiusura del processo): è sin troppo evidente che l'inciso «ove occorra», dopo la Direttiva dovrebbe strutturarsi ben altrimenti che con riferimento alla mera discrezionalità del giudice di pace.

Nonostante il pur commendevole *divieto di utilizzabilità*, è chiaro che la riservatezza che connota l'attività di mediazione offre la possibilità alle parti di dirsi la "verità" sull'episodio – e, nei *delitti di relazione*, soprattutto sul sotteso, bruciante conflitto – in misura impensabile dinanzi ad un giudice di pace che direttamente tenti di conciliarli, e che, a tacer d'altro, seppur di pace, in caso di esito negativo del tentativo, potrebbe decidere mosso dal pregiudizio.

24 - L'art. 168 *bis* c.p., al 1° comma, stabilisce che «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova». Detto per inciso, la disposizione avrebbe potuto far più coraggioso riferimento alla prognosi di pena irroganda, all'esito del giudizio, non superiore a tre anni, formula di recente usata nel novellato art. 275 c.p.p., e non solo in chiave sistemica, ma anche per ricomprendervi, per quanto a sufficienza già argomentato, quei *delitti di relazione* che costituiscono il terreno di elezione del *probation* riparativo.

Ebbene, chiuso l' inciso, l'istituto qui in rapido esame come si articola nei commi 2 e 3 del succitato articolo, comporta, oltre alla «prestazione di lavoro di pubblica

utilità», «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», ed altresì «l'affidamento dell'imputato al servizio sociale» per lo svolgimento di un «programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna», che, *ex art. 464-bis c.p.p.* (i cui seguenti articoli configurano un assai lacunoso meccanismo, che ben si sarebbe potuto mutuare dal d.P.R. 448/88), deve anche prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

25 - Che così recita: con «il provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato». Sul ritenuto presupposto, almeno nella prassi prevalente, che una sostanziale ammissione dei fatti essenziali sia imprescindibile ai fini dell'ammissione alla *messa alla prova* minorile, soprattutto ove si ritenga di munirla di prescrizione riparativa, non posso anche qui che far rinvio al mio scritto, pubblicato nella rivista «L'Eco» dell'ISSP n. 2 del febbraio 2013.

26 - Critici M. Bouchard e G. Mierolo, *op. cit.*, pp. 217-221: «Non è solo il reato che divide e separa ma, come accade per lo più nelle relazioni continuative, il significato che viene attribuito ai fatti. E non è sempre facile distinguere il contrasto sull'esistenza dei fatti dal contrasto sulla loro percezione. Appare, quindi, azzardato condizionare l'accesso alla mediazione dall'assenza di contestazioni sull'esistenza dei fatti»; e ancora «un conto è [...] ammettere un'attività di mediazione, a meno che non vi siano elementi per una pronuncia immediata di proscioglimento o di assoluzione per qualsiasi ragione o, addirittura, per un'archiviazione [...] Altro è dar luogo alla mediazione solo in presenza di elementi positivi sulla responsabilità: questa soluzione si pone in contrasto insanabile con il principio della presunzione d'innocenza».

Di contrario avviso A. Ceretti e C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU*, in «Diritto penale e processo», 6, 2001, pp.772-776, per i quali la formula del Consiglio d'Europa del 1999, «*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*» – pressoché coincidente con «*faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case*» di cui alla Direttiva, pur rivolta, come

già sopra evidenziato, al solo «autore del reato» – costituisce un punto di equilibrio tra l'inammissibilità della confessione e l'impossibilità di un previo accertamento giudiziale: il riconoscimento da parte del reo della propria condotta dal punto di vista fattuale costituisce un presupposto inevitabile per accedere alla mediazione, perché in sua assenza le possibilità di raggiungere un accordo sarebbero nulle o, tutt'al più, limitate dal prevedibile rifiuto da parte della persona offesa.

27 - Se condizione per l'invio al mediatore fosse la confessione, in caso di esito negativo della mediazione, alla luce di una presunzione di colpevolezza, e non di innocenza, potrebbero poi operare sia il pubblico ministero che il giudice – ma non il giudice del dibattimento (ordinario e minorile), che, non essendo acquisibili al fascicolo, *ex art. 431 c.p.p.*, né gli atti prodromici alla mediazione, né il suo esito negativo, non ne saprebbe alcunché, se non consenziente la difesa –.

28 - All'immagine della mitezza ricorre G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi (1992), pp. 11 e ss. per indicare il senso del «carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni»: «mitezza» che è «naturalmente» da associare ai termini «della coesistenza e del compromesso».

29 - La Direttiva, all'art. 25, ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di provvedere alla formazione dei «funzionari» che possano avere contatti con le vittime («gli agenti di polizia ed il personale giudiziario»), di promuoverne l'accesso anche da parte dei magistrati e degli avvocati, nonché di incoraggiare, «attraverso i loro servizi pubblici o finanziando organizzazioni che sostengono le vittime», iniziative finalizzate ad «un'adeguata formazione» degli operatori dei «servizi di assistenza e di giustizia riparativa»: «a seconda delle mansioni svolte e della natura e del livello dei contatti fra l'operatore e le vittime, la formazione mira ad abilitare l'operatore a riconoscere le vittime e a trattarle in maniera rispettosa, professionale e non discriminatoria».



SOMMARIO:

I. La Direttiva 2012/29/UE adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio recante «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato». – II. Vittima e giustizia riparativa nel sistema penale. – 1. La vittima nella giustizia penale: un ospite inquietante. – 2. Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della vittima. – 3. I servizi di giustizia riparativa e le vittime dei c.d. delitti di relazione. – III. Le condizioni di accesso ai servizi di giustizia riparativa. – 1. Dalla *Raccomandazione* n. R(99)19 «sulla *mediazione* in materia penale» (*per saltum*) alla Direttiva 2012/29/UE. – 2. La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella *Raccomandazione* n° R(99)19 e nella Direttiva 2012/29/UE: analisi contrastiva. – 3. Il «riconoscimento» da parte dell'autore del reato «dei fatti essenziali del caso». – 3.1. (Segue) Giustizia riparativa e liberazione condizionale: la sentenza n. 138 del 2001 della Corte Costituzionale. – 3.1.1 (Segue) La successiva giurisprudenza di legittimità. 3.1.2. Polarità giurisprudenziali. – 3.1.3. (Segue) *Pentimento/perdono* e mediazione. – 3.2. Giustizia riparativa e affidamento in prova al servizio sociale. – 3.2.1. (Segue) La prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima». – 3.2.2. (Segue) Protesta di innocenza vs negazione dei fatti essenziali. – 3.3 Giustizia riparativa e *probation* processuale. – V. Per concludere.

