

IL RUOLO DELLA VITTIMA NEGLI ISTITUTI RIPARATIVI

di Raffaele Muzzica

(*Magistrato ordinario, dottore di ricerca*)

SOMMARIO: 1. La riscoperta della vittima nel sistema penale italiano. - 2. Il ruolo della vittima nella Giustizia riparativa. - 3. Il ruolo della vittima nella sospensione del processo con messa alla prova. - 4. Il ruolo della vittima nella particolare tenuità del fatto. - 5. Il ruolo della vittima nell'estinzione del reato per condotte riparatorie. - 6.

Conclusioni

1. Dopo una lunga fase di devittimizzazione del reato¹ e, di conseguenza, del processo, oggi una maggiore considerazione del ruolo della vittima costituisce un punto fermo del dibattito sulla penalità nel sistema italiano, in ambito sostanziale e processuale.

Da un punto di vista di diritto sostanziale, solo di recente la tematica è stata oggetto di analisi da parte della dottrina, che ha evidenziato la crescente diffusione di veri e propri sottosistemi normativi, in cui le fattispecie incriminatrici sono “plasmate” attorno al soggetto passivo del reato² e alle relative caratteristiche personalologiche, le quali assurgono al rango di elementi essenziali o circostanzianti dell'illecito penale.

Questo fenomeno di soggettivizzazione del reato, già noto con riferimento alla persona dell'autore ma per la prima volta correlato anche alla persona offesa, si è tradotto, nella maggior parte dei casi, in un fattore di aggravamento del trattamento sanzionatorio del reo, espressione di un certo «paternalismo nelle opzioni di politica legislativa che riguardano la vittima»³, e solo di rado ha giustificato scelte *in bonam partem* per il reo. In altri termini, una maggiore attenzione verso gli aspetti personalistici del reato – quale fenomeno della realtà coinvolgente uno o più individui – non si è tradotto in prospettive volte ad individualizzare e proporzionare il giudizio di rimprovero dell'ordinamento alle concrete caratteristiche del soggetto agente ma, piuttosto, come è stato acutamente osservato, «la vulnerabilità della vittima è spesso divenuta il presupposto delle nuove politiche punitive per la sicurezza (rivolte alla collettività, sfruttando ondate di indignazione, registrate e non di rado studiatamente

¹ M. Ferreira Monte, *Diritto penale riparativo*, in *Crim* 2013, 32; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP*, 2016, 96 ss.

² V. Del Tufo, *Profili critici della vittimodomatica*, Napoli 1990, *passim*.

³ L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in *RIDPP*, 2013, 1778.

provocate dai *mass-media*⁴) e del neo-paternalismo penale nei confronti delle vittime stesse»⁵. In altri termini, si è strutturato «un vincolo, sottile e nascosto, che lega il protagonismo delle vittime e le opzioni politiche, (solo) dichiaratamente finalizzate alla tutela delle loro esigenze»⁶.

Se, pertanto, il coinvolgimento della vittima nel diritto penale sostanziale suscita critiche da parte della dottrina, una maggiore concordia si riscontra in relazione al ruolo dell'offeso in ambito processuale; è opinione diffusa quella dell'imprescindibilità, nell'ottica del giusto processo, del coinvolgimento della persona offesa nelle diverse fasi di accertamento del reato e della responsabilità del suo autore, senza che ciò si riverberi a danno di quest'ultimo o delle istanze di controllo sociale provenienti dalla collettività⁷.

Quest'acquisizione, affatto recente, si è ulteriormente rafforzata a causa dell'impulso proveniente dalle istanze sovranazionali. La prevalente origine sovranazionale delle disposizioni miranti a coinvolgere attivamente la vittima nel processo, ha, tuttavia, alimentato il diffondersi di una tecnica legislativa esasperatamente casistica, puntiforme, produttiva di sovrapposizioni e vuoti normativi, se non di vere e proprie aporie.

Siffatta tecnica di normazione, a ben vedere, rappresenta un fenomeno speculare all'ipersoggettivizzazione del reato, che connota la sempre più diffusa legislazione sostanziale (asseritamente) a tutela della vittima. Anche da un punto di vista processuale, il legislatore ha, infatti, introdotto norme a tutela di soggetti ritenuti "deboli" per definizione – come i minori, specie se vittime di abusi (anche)

⁴ Da ultimo, tale collegamento tra politiche securitarie e simbolica tutela delle vittime si è concretizzato nella recente l. 19.7.2019 n. 69 ("recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere"). Nel testo di legge, giornalmisticamente noto come "Codice Rosso" – e già l'appellativo appare confermare l'impianto politico-criminale - oltre all'introduzione di nuove fattispecie di reato (l'art. 387-bis Cp, che punisce la violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, l'art. 558-bis Cp, che sanziona la pratica dei matrimoni forzati, l'art. 612-ter c.p. che punisce il cd. *revenge porn*, ovvero la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e l'art. 583-quinquies c.p., che punisce la deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso) – ed il generale innalzamento dei massimi edittali, il legislatore ha introdotto diverse modifiche processuali, volte a rafforzare i diritti informativi della persona offesa e del suo difensore.

⁵ A. Manna, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, I, Milano 2006, 964.

⁶ *Ibidem*.

⁷ F. Del Vecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE in DPC*, 11 aprile 2016; In tema, A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *RIDPP* 2010, 1, 41 ss.

sessuali, o le donne, vittime della violenza di genere e, in particolare, di quello che è stato mediaticamente definito come “femminicidio”⁸.

Per citare solo alcune delle innovazioni normative più recenti ed espressive di questa tendenza, basti menzionare la l. 1.10.2012 n. 172, di esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007⁹.

La legge, tra le diverse innovazioni, ha previsto la partecipazione dell'esperto a tutte le forme di sommarie informazioni rilasciate da soggetti deboli e raccolte, dunque, dalla PG, dal PM ovvero dal difensore ai sensi degli artt. 351, 362 e 391-bis Cpp¹⁰; la stessa legge ha inoltre ampliato i casi di incidente probatorio atipico di cui all'art. 392 co. 1-bis, che, sino ad allora, poteva essere adoperato soltanto per l'audizione del minore infrasedicenne vittima di reati di carattere sessuale: l'istituto, da tempo considerato lo strumento che meglio si presta a tutelare l'offeso dichiarante¹¹ poiché, da un lato, favorisce una rapida rimozione dell'esperienza traumatica, dall'altro, evita l'alterazione o la dispersione della testimonianza, cristallizzando la prova nell'immediatezza dell'episodio criminoso, è stato esteso dalla l. 172/2012 a tutti i minorenni, nonché ai maggiorenni vittime di delitti di carattere sessuale.

Successivamente, in attuazione della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, la l. 15.8. 2013 n. 119 (di conversione del d.l. 14.8.2013 n. 93) ha introdotto ulteriori modifiche processuali a tutela di una persona offesa ben specificata, rappresentata dalla donna vittima (soprattutto) di violenza domestica.

Le innovazioni apportate dalla legge 119/2013 sono riconducibili essenzialmente a tre filoni: quello concernente i diritti di informazione della vittima, quello relativo al suo ruolo nel sottosistema delle misure cautelari personali e quello riferibile alle modalità di assunzione delle dichiarazioni della persona offesa.

⁸ F. Trapella, *Fattispecie di femminicidio e processo penale. a tre anni dalla legge sulla violenza di genere*, in *DPC*, 2, 2017, 21 ss.

⁹ A.M. Capitta, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in *DPC*, novembre 2012; S. Recchione, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *DPC*, marzo 2013.

¹⁰ Sebbene la giurisprudenza sia costante nel ritenere non foriera di inutilizzabilità la mancata partecipazione dell'esperto: cfr. Cass., 1.12.2013, n. 3651; Cass., 10.10.2016, n. 42716.

¹¹ Scelta normativa parzialmente negata dalla legge 69/2019 che prevede, nel nuovo art. 362 co. 1-ter c.p.p. l'obbligo per il PM di escutere entro tre giorni dalla denuncia querela la persona offesa, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa, senza alcun riferimento alle modalità protette dell'incidente probatorio.

Per quanto concerne il primo profilo, il novellato art. 101 Cpp stabilisce che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria forniscono alla persona offesa le informazioni sul diritto di difesa e sulla possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato «al momento dell'acquisizione della notizia di reato». Ancora, si è introdotta l'obbligatorietà della notifica, a favore della vittima di "reati commessi con violenza alle persone"¹², dell'avvenuta richiesta di archiviazione, con contestuale aumento del termine per presentare l'opposizione da dieci a venti giorni (art. 408 comma 3-bis c.p.p. nel testo previgente); è stato, infine, previsto l'obbligo di comunicazione dell'avviso ex art. 415-bis Cpp, sebbene alle vittime dei soli delitti di maltrattamenti e di atti persecutori.

La seconda linea di intervento della legge 119/2013 ha mirato, altresì, a realizzare il coinvolgimento della persona offesa nel subprocedimento cautelare. Nel caso di procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, il nuovo co. 2-bis dello stesso art. 299 Cpp prevede che i provvedimenti di sostituzione o revoca della misura personale (fatta eccezione per il divieto di espatrio e l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) siano comunicati alla persona offesa¹³, mentre l'art. 299 co. 3 Cpp, inoltre, incide sulla fase preliminare all'emanazione del provvedimento, realizzando un eventuale contraddittorio con la persona offesa attraverso l'obbligatorietà della notifica, da parte del pubblico ministero o dell'imputato, della richiesta di revoca o di sostituzione delle misure cautelari suddette.

La l. 119/2013 ha inciso anche sul profilo dell'ascolto della vittima debole, estendendo ulteriormente l'applicabilità dell'incidente probatorio atipico, anche nelle forme protette, per le ipotesi di reato non connotati dal carattere sessuale (artt. 572 e 612-bis Cp); la stessa legge, inoltre, ha introdotto in funzione di prevenzione dei rischi di vittimizzazione secondaria il co. 4 *quater* dell'art. 498 Cpp che, in relazione ai delitti elencati al co. 4-*ter*, permette al maggiorenne vittima di particolare vulnerabilità -status «desunto anche dal tipo di reato per cui si procede»- di avvalersi delle forme protette di audizione dibattimentale.

¹² Espressione ritenuta dalle Sezioni unite, in un'interpretazione teleologica fondata diffusamente sul dato sovranazionale, come comprensiva altresì della violenza psicologica, e pertanto del reato di *stalking*: cfr. Cass., S.U., sent. 29.1.2016, n. 10959, Pres. Canzio, Rel. Bianchi. Sulla giurisprudenza formatasi prima dell'arresto delle Sezioni unite in relazione all'art. 649 ult. co. Cp cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. III/02/2016, *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: prima lettura del d.lgs. 212 del 2015*, a cura di M. Guerra, 13, nota 19.

¹³ La l. 69/2019 prevede che i provvedimenti in questione siano notificati sia alla persona offesa che al suo difensore ove nominato.

Il recepimento della direttiva 2011/36/UE per la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani ha rappresentato l'occasione per l'ennesimo intervento normativo, ancora una volta limitato ad un tipo di vittima, questa volta la persona offesa oggetto di tratta. Il legislatore ha dato attuazione alla direttiva 2011/36/UE con il d.lgs. 4.3.2014 n.24, generalizzando per la prima volta normativamente il concetto di vulnerabilità.

Il decreto legislativo introduce, sul versante processuale, il co. 5-ter dell'art. 398 del codice di rito, che consente di procedere all'assunzione con forme protette delle dichiarazioni testimoniali in sede di incidente probatorio, nei confronti del maggiorenne, (non solo) vittima (ma anche) testimone di un fatto-reato, che versi in condizione di «particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede».

Una riorganizzazione sistematica del ventaglio dei diritti e dei poteri processuali della vittima di reato si è finalmente avuta con la Dir. 2012/29/UE¹⁴, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato.

Questa direttiva, pur mirando a rafforzare i capisaldi di un vero e proprio "statuto della vittima"¹⁵, definita come «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», si è limitata ad enunciare specifici diritti di informazione, assistenza, protezione e partecipazione della vittima; la direttiva, cioè, non ha riconosciuto alla vittima un vero e proprio "diritto al processo", né alcun potere nella determinazione della pena da irrogare e dell'entità della stessa, lasciando agli Stati membri il compito di disegnare il ruolo che ella debba assumere nel sistema giudiziario penale.

Pur caratterizzata, quindi, dall'assenza di una vera opera di armonizzazione in ordine al ruolo della vittima nel rito penale, la direttiva ha indirettamente imposto ai legislatori nazionali quanto meno di rimeditare il ruolo della persona offesa nel sistema penale, slegandolo dai particolarismi che avevano caratterizzato la normativa precedente.

¹⁴ S. Civello Conigliaro, *La nuova normativa europea a tutela della vittima*, in *DPC*, 22 novembre 2012, 1 ss.; D. Ferranti, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *DPC*, 29 gennaio 2016; F. Del Vecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE* in *DPC*, 11 aprile 2016; M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *DPC*, 19 gennaio 2016.

¹⁵ La definizione è della Relazione dell'Ufficio di Massimario della Corte di Cassazione, n. III/02/2016, *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: prima lettura del d.lgs. 212 del 2015*, a cura di M. Guerra, 2.

Il legislatore italiano con il d.lgs. 15.12.2015 n. 212 non sembra aver colto questo slancio riformatore, limitandosi a corredare la tradizionale figura della persona offesa di una serie di diritti e facoltà più ampi rispetto al passato, ma senza intaccare la filosofia di fondo del codice di rito, quasi nel timore che un potenziamento del ruolo della vittima potesse permeare di “emotivismo” il processo penale, rendendo maggiormente instabile il delicato equilibrio di interessi ad esso sotteso.

L'intervento del legislatore delegato è stato particolarmente snello, giacché si è ritenuto che molte delle disposizioni di tutela previste dalla direttiva fossero già implementate e, per l'effetto, che l'ordinamento interno fosse già sostanzialmente conforme alle prescrizioni europee.

L'attuazione ha percorso l'ormai consueto doppio binario riscontrabile nella legislazione a tutela della vittima del reato: da un lato, sono state implementate le forme d'assistenza e di tutela della vittime sia nei confronti dell'imputato che nei confronti del processo, principale vettore della vittimizzazione secondaria; dall'altro, sono state ampliate le prerogative informative e partecipative della vittima, codificando, *ex art. 90-bis Cpp* un elenco chiaro ed esaustivo dei diritti e delle facoltà che l'ordinamento le riserva.

Il d.lgs. in esame mostra di potenziare quella che, in realtà, era una tendenza già presente nella legislazione precedente e che risponde ad una logica elementare. Nessuna “inclusione” della vittima nel procedimento è possibile se la stessa non è informata concretamente - e non solo attraverso meri orpelli burocratici - di quelli che sono i suoi diritti e le sue prerogative.

L'informazione va espletata sin dal primo contatto con le autorità e deve assicurare la qualità e la certezza delle comunicazioni, il loro contenuto, nonché la formazione del personale chiamato ad interagire con le vittime. Come è stato rilevato, «il nuovo art. 90-bis si può ritenere norma generale, ad un tempo fonte di nuovi obblighi informativi e ricognitiva di quelli già esistenti, che sostanzialmente controbilancia la comunicazione indicata nell'art. 369-bis Cpp della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini»¹⁶. Tra le nuove informazioni all'offeso, l'art. 90-bis Cpp prescrive che la vittima riceva aggiornamenti sullo stato del procedimento e su eventuali iscrizioni *ex art. 335 Cpp* (lett. *b*); sulle autorità cui rivolgersi per ottenere informazione (lett. *i*); sulle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti (lett. *h*); sui diritti di assistenza nelle strutture sanitarie, case famiglia, centri anti violenza e case rifugio presenti sul territorio (lett. *p*). Il profilo informativo è stato indubbiamente potenziato dal d.lgs. in esame a favore della vittima alloglotta, dal momento che il legislatore ha esteso la

¹⁶ *Ibidem*.

tutela linguistica a tutti i protagonisti del processo, prevedendo all'art. 143-bis Cpp il diritto dell'offeso alla traduzione gratuita di atti, o parti degli stessi, all'assistenza di un interprete, nonché all'utilizzo in casi specifici della sua lingua madre (art. 107-ter disp. att. Cpp).

Tra le prerogative informative vi è anche quella del diritto di chiedere di essere informati della richiesta di archiviazione: l'art. 90-bis lett. c Cpp appare una norma oltremodo opportuna, che soddisfa le esigenze conoscitive della vittima, senza appesantire il sistema delle notifiche e che rende effettivo un diritto della vittima, spesso negletto proprio per la scarsa informazione da parte della stessa. Ed infatti la vittima è normalmente un soggetto poco avvezzo alle dinamiche giudiziarie ed informarla, nel primo atto cui la vittima partecipa, del diritto di essere notiziati della richiesta di archiviazione da parte del PM appare quanto mai necessario a riequilibrare un deficit conoscitivo che altrimenti precluderebbe all'offeso una valida tutela delle sue prerogative processuali.

Il d.lgs. n. 212/2015 introduce, inoltre, una norma particolarmente importante dal punto di vista sistematico: il riferimento è all'art. 90-quater Cpp, che contiene la definizione di persona in condizioni di particolare vulnerabilità, le cui esigenze di protezione vanno valutate sulla base di alcuni indici rivelatori tipizzati dalla norma.

Il legislatore, in sede attuativa, dunque ha importato per la prima volta una forma di vulnerabilità atipica in un ordinamento, quale è il nostro, che, invece, disciplinava la materia sulla base di presunzioni legali. La norma, tuttavia, appare molto generica e sembra destinata a sfociare in un'indagine essenzialmente casistica, affidata alle variabili del caso concreto: l'art. 90-quater Cpp non fornisce, infatti, indicazioni in ordine all'autorità competente ad effettuare l'*individual assessment*, né chiarisce quali siano le modalità e la natura dell'accertamento.

La norma oscilla tra due poli, rappresentati dalla sostanziale inutilità di un intervento di facciata, incapace di incidere nella prassi, e la pericolosità di un portato di garanzie completamente deformalizzato nelle mani dell'autorità giudiziaria, cui è delegata un'opera di complesso bilanciamento tra prerogative della vittima, garanzie dell'imputato ed esigenze di controllo sociale. Un bilanciamento che, più opportunamente, avrebbe dovuto svolgere il legislatore, ancorché, nel caso, utilizzando una categoria di genere ben definita e non singole presunzioni.

L'accertamento dello stato di particolare vulnerabilità comporta, infatti, importanti ricadute sul piano processuale - in sostanza estendendo l'ambito applicativo della normativa di protezione per qualunque persona offesa che versi in condizioni di particolare vulnerabilità - soprattutto per quanto concerne le norme di tutela della persona offesa dalle dinamiche vittimizzanti del processo che, benché

ispirate ad esigenze assolutamente ragionevoli e condivisibili, si pongono in frizione con le garanzie fondamentali dell'imputato, in primis il diritto costituzionalmente sancito al confronto¹⁷.

Nell'ottica di dare piena attuazione alle indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE e di completare l'implementazione dello statuto della vittima realizzata con il d.lgs. 212/2015, il legislatore della riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103) è intervenuto su diversi aspetti inerenti i poteri della vittima.

Con riguardo ai diritti informativi, si è anzitutto riconosciuto alla persona offesa il diritto di chiedere al pubblico ministero informazioni relative allo stato del procedimento, senza pregiudizio del segreto investigativo, una volta che siano decorsi sei mesi dalla presentazione della denuncia o della querela (art. 335 co. 3-ter Cpp).

Conseguentemente si è inserito nella comunicazione di cui all'art. 90-bis c.p.p. l'avviso della «facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter».

Purtroppo, la l. 23.6.2017 n. 103 non ha del tutto abbandonato la tendenza alla normazione puntiforme: ad esempio, con riguardo all'avviso della richiesta di archiviazione contemplato dall'art. 408 comma 3-bis c.p.p. con riguardo ai «delitti commessi con violenza alla persona», la riforma, anziché generalizzare la previsione, si è limitata ad estendere l'obbligatorietà della notifica al «reato di cui all'articolo 624-bis del codice penale».

Per quel che concerne la partecipazione della vittima al procedimento, la l. 103/2017 ha ampliato i termini per proporre l'opposizione all'archiviazione: il termine ordinario di dieci giorni è stato portato a venti (art. 408 co. 3 c.p.p.) e quello

¹⁷ Il d.lgs. 212/2015, in particolare, assicura in ogni caso la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile, in base al co. 4 dell'art. 134 Cpp.; sancisce l'irripetibilità, salvo i casi previsti dall'art. 190-bis Cpp., delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile che sia stata sentita in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate; prevede che la polizia giudiziaria e l'autorità giudiziaria, quando devono assumere a sommarie informazioni la persona offesa, possano avvalersi di un esperto (artt. 351, 362 392, 398 e 498 Cpp).

Analogamente, il nuovo art. 392 co. 1-bis Cpp applica l'incidente probatorio atipico a tutte le ipotesi in cui sia necessario assumere (in chiave anticipata e tendenzialmente definitiva) la testimonianza di un soggetto particolarmente vulnerabile, prescindendo dall'urgenza. Il nuovo co. 5-*quater* dell'art. 398 Cpp, inoltre, estende la possibilità per il giudice, seppur su richiesta di parte, di attivare i presidi di tutela ogniqualvolta tra le persone interessate alla prova vi siano vittime particolarmente vulnerabili, espandendo il meccanismo presuntivo previsto al co. 5-*bis* della stessa norma; analogamente il decreto delegato ha inciso sull'art. 498 co. 4-*quater* Cpp, eliminando il richiamo ai reati di cui al comma precedente e generalizzando la valutazione individualizzata del giudice.

contemplato dal comma 3-bis per i «delitti commessi con violenza alla persona», cui si aggiunge quello di «furto in abitazione e furto con strappo» ex art. 624-bis Cp, è stato aumentato a trenta giorni.

La partecipazione della persona offesa viene tutelata altresì dalla tipizzazione dei casi di nullità dei provvedimenti di archiviazione effettuata dall'art. 410-bis Cpp. La prima ipotesi riguarda il decreto emesso in mancanza dell'avviso, alla persona offesa, della presentazione della richiesta di archiviazione (art. 408, co. 2 e 3-bis, c.p.p.). In secondo luogo, il decreto di archiviazione è poi nullo, se emesso «prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione». Infine, è prevista la nullità anche qualora il giudice abbia deciso sulla richiesta di archiviazione, omettendo di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'opposizione presentata, oppure l'abbia dichiarata «inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1».

2. Tra le diverse prerogative informative che, si è visto, corredano lo statuto della vittima, appaiono degne di particolare menzione quelle previste alle lett. n e o dell'art. 90-bis Cpp., secondo le quali l'offeso deve essere informato della possibilità di rimettere la querela o di accedere a forme di mediazione con il reo, nonché di tutte le sue facoltà nei procedimenti sospesi per messa alla prova dell'imputato o quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Le finalità sottese a questa nuova informativa sono molteplici e palesemente intersecano il complesso sistema della *Restorative justice*, di cui la valorizzazione del ruolo della vittima rappresenta, come è noto, un vero e proprio tratto caratteristico¹⁸.

Dichiaratamente l'informazione intende promuovere l'incontro fra vittima e reo, affinché questo diventi potenziale occasione per una riparazione non solo dal

¹⁸I. Aertsen, R. MacKay, C. Pelikan, J. Willemsens, M. Wright, *Rebuilding community connections - Mediation and Restorative Justice in Europe*, Strasburgo 2004; B. Hudson, *Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence*, in *Journal of Law and Society*, 25, 2, 1998, 237 ss.; J. Dignan, *Understanding victims and Restorative Justice*, Maidenhead 2005, 137; G. Johnstone, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Routledge 2002, 62 ss.; F. Parisi, *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim-centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, a cura di M. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi, Reggio Calabria 2015, 123 ss.; J. Latimer – C. Dowden – D. Muise, *The effectiveness of Restorative Justice practices: a meta-analysis*, in *The Prison Journal*, 85, 2, 2005, 127 ss., dimostrano il più elevato tasso di soddisfazione delle vittime coinvolte in procedimenti riparativi rispetto a quelle attinte dalla giustizia tradizionale.

punto di vista economico - monetario ma anche del tessuto relazionale tra i soggetti; al contempo, è palese l'intendimento sotteso alla norma, secondo il quale un coinvolgimento attivo e consapevole della vittima è funzionale altresì alla reintegrazione e alla riabilitazione del colpevole, in vista di epiloghi «più costruttivi e meno repressivi»¹⁹ della giustizia penale.

La rivalutazione del ruolo della vittima nell'ideale riparativo si mostra pienamente compatibile con l'assetto valoriale personalistico delineato dalla Costituzione del 1948, in cui l'individuo è considerato fine in sé e titolare di un incompressibile potere di autodeterminazione, che lo Stato è chiamato a veicolare e controllare senza sopprimere completamente²⁰.

La maggiore considerazione della posizione della vittima rappresenta un potenziale fattore di aggregazione dei consensi dei consociati, soprattutto di quelle fasce di popolazione più propense, a causa delle loro predisposizioni vittimogene specifiche²¹, ad autoqualificarsi come potenziali vittime piuttosto che come potenziali autori di reato.

Tale aggregazione di consensi alimenta, altresì, una possibile maggiore collaborazione processuale della vittima e dunque, una potenziale riduzione del numero oscuro per alcuni reati; più in generale, una più attenta considerazione del ruolo e dei bisogni della vittima da parte delle istituzioni giudiziarie si traduce in una maggiore fiducia nei loro confronti²², che contribuisce ad evitare altresì il diffondersi dei cosiddetti delitti di reazione²³, ovvero di quei reati commessi dalla persona offesa in conseguenza di quelli subiti, che maggiormente attecchiscono laddove la vittima percepisce l'assenza di reazione da parte dello Stato.

La norma, tuttavia, muove da una prospettiva poco realistica, che non tiene conto della situazione in cui versa attualmente la giustizia riparativa nel nostro sistema: un'informativa prodromica all'accesso a percorsi alternativi perde rilevanza se non è accompagnata, in primo luogo, da un generale ripensamento degli strumenti riparativi concreti, e, in parallelo, del ruolo della vittima all'interno di questi percorsi.

¹⁹ G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *AP online*, 2015, 2, 9.

²⁰ E. Mezzetti, *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *CP*, 9, 2016, 3094 ss.

²¹ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 230; G. Gullotta, *La vittima*, Milano 1976, 28 ss.

²² F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 228.

²³ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 232.

D'altronde, i potenziali effetti positivi della "riscoperta della vittima"²⁴ in un'ottica di Giustizia riparativa nel sistema penale non possono né devono tradursi in una progressiva demolizione di quel sistema di garanzie ereditato dalla liberalizzazione del diritto penale, attraverso un *revival* dei meccanismi di repressione retributiva e deterrente che solo in chiave simbolica sembrano tenere in debito conto le istanze della vittima del reato ma che in realtà perpetuano il suo ruolo di spettatore passivo nella logica ancestrale dell'afflizione come contropartita morale della sofferenza inflitta²⁵.

Sebbene la vittima sia un sicuro protagonista nelle procedure riparative, dal momento che il conflitto per così dire le appartiene²⁶, gli studi in tema di vittimizzazione secondaria rappresentano per i critici della Giustizia riparativa un ulteriore motivo che dovrebbe indurre a guardare con maggiore disincanto i processi ispirati a questo ideale.

Secondo i critici, infatti, la visione del processo di accentramento del potere statale come un'usurpazione del conflitto ai danni della vittima è il frutto di un'interpretazione alquanto romantica, se non mistificatoria; innegabilmente, infatti, esiste un considerevole interesse pubblico nella repressione dei crimini che impedisce la loro considerazione come mere questioni private. Questo non vuol dire negare il diritto della vittima alla riparazione dei danni da essa subiti, ma tale diritto non può scotomizzare l'interesse pubblico²⁷ nella repressione del crimine la cui gestione pubblicistica, pertanto, non può essere vista come un'usurpazione.

D'altronde la stessa direttiva 2012/29, attuata in Italia con il d.lgs. 212/2015, oltre a delineare un vero e proprio statuto delle garanzie e dei diritti della vittima nei procedimenti penali, ha fatto espresso riferimento all'introduzione di servizi di giustizia riparativa nei sistemi dei Paesi membri, preoccupandosi di delineare – ed in ciò dimostrando la sussistenza di una diffusa e evoluta cultura *restorative* a livello europeo – altresì un assetto di garanzie della vittima "dalle" procedure riparative²⁸.

²⁴ A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *RIDPP*, 53, 1, 2010, 41 ss.

²⁵ G. Mannozi, G. A. Lodigiani, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 23 ss.; L. Cornacchia, *op. cit.*, 1760, sottolinea che «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».

²⁶ N. Christie, *Conflicts as property*, in *Brit. J. Criminol.*, 1971, 17, 1 ss.

²⁷ A. Ashworth, *Responsibilities, rights and Restorative Justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 42, 2002, 585.

²⁸ D'altronde, come riconosciuto da M. Kilching – L. Parlato, *Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. Pen.*, 11, 2015, 4200 ss., la tutela della vittima rappresentava l'unica base giuridica in ragione della quale l'Unione Europea poteva emanare norme relative alla Giustizia riparativa, fino al 2012 ritenuta appannaggio esclusivo della sovranità degli Stati membri,

Rispetto alla precedente decisione quadro (2001/220/GAI del 15.3.2001)²⁹, inoltre, la direttiva 2012/29/UE non contempla tra gli istituti riparativi solo la mediazione³⁰ come possibile forma alternativa alla pena, ma estende il proprio ambito anche ad altre forme di giustizia riparativa cui far ricorso nell'interesse della vittima, fra cui ad esempio i dialoghi estesi ai gruppi parentali e i circoli commisurativi³¹ per salvaguardarne gli interessi e per consentire la riparazione del pregiudizio subito e la prevenzione di ulteriori danni, subordinando il ricorso a tali differenti percorsi al riconoscimento da parte dell'autore del reato dei fatti essenziali del caso.

La necessità di tutelare la vittima “dalle” pratiche di Giustizia riparativa si lega, d'altronde, ad un'esigenza molto più pragmatica e avvertita in modo pressante negli ultimi tempi, che ha permeato - se non fagocitato - la Giustizia riparativa con scopi di deflazione processuale³² oltre che di de-carcerizzazione, in parte tradendo le nobili aspettative e origini della *Restorative Justice*, sorta a livello internazionale non come trattamento degli illeciti bagatellari ma come modalità di gestione di crimini medio - gravi³³.

Dunque le più recenti tendenze legislative, pur contenendo, implicitamente o meno, numerosi riferimenti alla Giustizia riparativa, hanno privilegiato lo scopo pratico di orientare il sistema sanzionatorio verso un maggiore rispetto dei principi costituzionali di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale i quali, non ponendosi intrinsecamente a tutela della vittima, possono alimentare il rischio di distorsioni a danno di quest'ultima nella gestione degli istituti riparativi a ciò finalizzati.

Benchè permangano dubbi sull'implementazione concreta di tali tendenze, in mancanza di una rifondazione complessiva del sistema penale, ancora afflitto

facultizzati ma non obbligati dal diritto dell'Unione ad introdurre istituti riparativi all'interno dei propri sistemi giuridici.

²⁹ La Decisione quadro conteneva previsioni, poco concrete e ancor meno vincolanti, in cui genericamente veniva disposto che gli Stati membri promuovessero «la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati» ritenuti «idonei».

³⁰ In ogni caso applicabile soltanto allorquando corrisponda all'interesse della vittima (Art. 12, comma 1, lett. a Direttiva 2012/29/UE).

³¹ Cfr. considerando n. 46 della direttiva 2012/29/UE.

³² L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, 116; C. Perini, *L'alternativa al carcere al tempo della crisi: inveroamento o deriva di sistema?*, in *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, a cura di C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis, G. Papadimitrakopoulos, Atene 2017, II, 1857 ss.

³³ L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, cit., 114.

da eterni mali quali il carcerocentrismo, l'ineffettività della pena e la lunghezza dei processi, la l. 67/2014, complice il suo "marchio d'origine" rappresentato dalla volontà di rispondere alla sentenza Torreggiani³⁴, appare evidentemente segnata da un tale connubio tra riparazione e deflazione.

La legge, in ogni modo, ha quanto meno avuto il merito di porre al centro del dibattito il complesso rapporto tra deflazione penale e funzione di integrazione sociale della pena; rapporto, questo, del quale il ruolo della persona offesa spesso funge da cartina di tornasole.

Sebbene ispirati da ragioni diverse, l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova e quello della non punibilità per tenuità del fatto, entrambi gemmati dalla l. 67/2014, esemplificano il problematico rapporto tra vittima e autore del reato e, nello specifico, il ruolo da affidare alla prima nel sistema penale nazionale.

Entrambi gli istituti pongono in luce, infatti, la già menzionata tendenza poco compatibile sia con le *rationes* della Giustizia riparativa sia con i dettami della normativa europea e internazionale: una degradazione, ormai antistorica, del ruolo della vittima tanto nei procedimenti ispirati a ragioni deflative (tenuità del fatto) quanto nei procedimenti ispirati a ragioni decarcerizzanti (sospensione del processo con messa alla prova).

3. La l. 67/2014 ha introdotto, attraverso un intervento congiunto sul codice penale e sul codice di rito, la sospensione del processo con messa alla prova³⁵ anche per imputati già maggiorenni alla data di commissione del fatto, sul modello della *probation* anglosassone di tipo giudiziale e sulla falsariga dell'omonimo istituto di diritto penale minorile di cui all'art. 28 d.P.R. 448/1988.

³⁴ F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *RIDPP*, 2014, 1705 ss.

³⁵ V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP*, 2014, 674 ss.; L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1755 ss.; R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2015; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in www.archiviopenale.it; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma 2017; A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.la legislazione penale.eu (13 novembre 2015); V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017; C. Cesari, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *ED*, IX, Milano 2016, 1005 ss.

Secondo le disposizioni vigenti, nel caso di reati puniti con pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni e di delitti *ex art.* 550 Cpp, l'imputato può chiedere che il processo resti sospeso per un dato periodo di tempo, in cui il medesimo è sottoposto ad un programma di trattamento elaborato dall'Ufficio Esecuzione Penale Esterna (cd. U.E.P.E) e approvato dal giudice. Dal punto di vista soggettivo, l'art. 168-*bis* co. 4 e 5 Cp nega la concedibilità della sospensione per più di una volta ed esclude dal suo ambito applicativo i delinquenti e contravventori abituali, i delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 Cp). Lo stato di recidivo, al contrario, non è considerato un testuale limite soggettivo all'operatività dell'istituto.

L'U.E.P.E., dopo aver effettuato un'indagine socio-familiare, redige il progetto, acquisendo il consenso dell'imputato e l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato sarà chiamato a svolgere il programma di trattamento. Nell'indagine l'ufficio compie un vero e proprio studio di fattibilità della *probation* e riferisce specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla fattibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Il programma può prevedere, in modo non tassativo, modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile, sotto la supervisione e l'affidamento del servizio sociale.

Il programma, la cui durata è fissata dal giudice nell'arco del limite massimo previsto per legge, può implicare 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, attività di volontariato di rilievo sociale e l'osservanza di prescrizioni comportamentali. La messa alla prova è sempre subordinata inoltre allo svolgimento di lavori di pubblica utilità (art. 168-*bis* Cp).

Se il giudice, valutando la relazione conclusiva stilata dall'U.E.P.E., accerta il buon esito della prova, dichiara con sentenza, in un'apposita udienza di cui dovrà essere dato avviso alle parti e alla persona offesa, l'estinzione del reato quale conseguenza automatica della misura, ferme restando le sanzioni amministrative accessorie eventualmente previste dalla legge. In caso di esito negativo, invece, il giudice con ordinanza dispone la ripresa del processo.

Lo scopo della sospensione con messa alla prova è, precisamente, quello di «offrire immediatamente all'imputato (soprattutto se "primario" e accusato di un

reato di minore gravità) un trattamento individualizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in un istituto di pena (spesso fertile terreno criminogenetico), ma anche dallo stigma, a volte indelebile, che segue la condanna»³⁶. In altri termini la sospensione del processo con messa alla prova da un lato mira ad evitare gli effetti desocializzanti del processo, prima, e dell'esecuzione di una pena "tradizionale", poi, senza rinunciare, tuttavia, ad una reazione da parte dell'ordinamento a fronte di comportamenti comunque percepiti come offensivi di beni giuridici.

Nonostante la velleità di assurgere ad istituto di Giustizia riparativa all'interno del sistema penale - il che, come si è visto, dovrebbe giustificare un maggiore protagonismo della vittima - la sospensione del processo con messa alla prova affida a quest'ultima un ruolo del tutto evanescente, sia nel contraddittorio circa l'ammissibilità dell'istanza, sia nei contenuti del programma.

Sotto il primo profilo, infatti, la persona offesa non ha alcun potere di veto: l'art. 464-*quater* Cpp prevede un mero dovere di audizione della persona offesa da parte del giudice, prima di decidere sull'istanza³⁷.

Un vero e proprio consenso della persona offesa è richiesto soltanto in relazione alla (marginale) ipotesi in cui il giudice decida di concedere la rateizzazione del pagamento delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno (art. 464-*quinquies* co. 1 Cpp), mentre la persona offesa non è affatto interpellata nel caso di modifiche o integrazioni del programma di trattamento (artt. 464-*quater* co. 4 e 464-*quinquies* co. 3 Cpp.).

Per quanto concerne gli aspetti contenutistici, il programma, se del caso modificato dal giudice con il consenso del solo imputato, può prevedere, in modo non tassativo, prescrizioni comportamentali che si pongono in una prospettiva riparatoria verso la vittima (l'elisione o attenuazione delle conseguenze del reato, l'eventuale risarcimento del danno, le restituzioni); inoltre il programma può imporre all'imputato le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa, sulla cui fattibilità l'U.E.P.E. effettua una istruttoria preliminare, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio (art. 141-*ter* disp. att. Cpp).

Con la sospensione del processo con messa alla prova, per la prima volta la mediazione penale entra a pieno titolo nel sistema penale ordinario.

³⁶ R. De Vito, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, QG 6, 2013, p. 6.

³⁷ Per una proposta interpretativa volta a potenziare il contributo conoscitivo della persona offesa nella fase di ammissibilità dell'istanza di messa alla prova, sia consentito rinviare al nostro R. Muzzica, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in DPC, 6, 2018, 173 ss.

Il tipo di mediazione previsto dalla norma ha carattere extragiudiziale - tant'è che la figura del mediatore è un soggetto estraneo all'organizzazione giudiziaria - e fortemente comunitario, come si evince dal riferimento a centri di mediazione o strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

L'eventuale esito conciliativo confluirà prima nel programma di trattamento sottoposto all'approvazione del giudice e poi nella pronuncia giudiziale che sancisce l'esito positivo della messa alla prova, con conseguente verifica della fattiva disponibilità dell'imputato verso la vittima del reato.

L'inciso «ove possibile», in un'interpretazione rispettosa del ruolo centrale della vittima - interlocutrice necessaria ma non vincolante del giudice e dell'U.E.P.E. - dovrebbe essere considerato sintomatico dell'esclusione dall'ambito della mediazione di eventuali "reati senza vittima" che, rientrando nel limite edittale previsto dall'art. 168-bis Cp, sono suscettibili di *probation* per espressa volontà di legge, ma non certo di mediazione; dall'altro, l'inciso «ove possibile» andrebbe letto nel senso di subordinare la possibilità della mediazione alla effettiva volontà della vittima, potendo semmai gli sforzi unilaterali del reo verso una conciliazione essere valutati in altra sede (es. nella commisurazione della durata della sospensione). Tale interpretazione risulta, altresì, conforme al contenuto della Direttiva 2012/29/UE che, testualmente, prescrive che la mediazione può trovare applicazione soltanto quando ciò corrisponda all'interesse della vittima³⁸.

Pur ammettendo la possibilità che la mediazione non si concretizzi (per ragioni di oggettiva impossibilità o per rifiuto della vittima), il legislatore incoraggia il fenomeno riconciliativo sia attraverso la previsione obbligatoria del sondaggio sulla possibilità di mediazione (a cui evidentemente corrispondono obblighi informativi per l'UEPE e obblighi motivazionali per il giudice), sia attraverso previsioni volte a conciliarne l'attuazione con altre prescrizioni del programma.

L'art. 168-bis Cp prevede, infatti, tra le possibili prescrizioni involgenti il ruolo della vittima, 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.

La norma prevede dunque due distinti istituti: l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato (definibile sinteticamente "riparazione", avente ad oggetto l'offesa, il cd. danno criminale) e il risarcimento del danno civilisticamente inteso.

³⁸ Art. 12, comma 1, secondo periodo Direttiva 2012/29/UE.

Il concetto di risarcimento del danno non presenta particolari problemi interpretativi, e va dunque inteso nella sua accezione civilistica, riguardante il rapporto privatistico tra danneggiante e danneggiato, la cui risoluzione è valorizzata dall'ordinamento penale come indice di risocializzazione e riconciliazione.

La riparazione attiene, invece, alle conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale.

L'espressione "eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato" indica, dunque, gli effetti materiali dell'offesa al bene giuridico, la cui riparazione, trascendendo la mera dimensione civilistica del danno, è tradizionalmente ritenuta uno strumento "per stimolare comportamenti di inserimento sociale da parte dell'agente"³⁹, rispondendo al bisogno sociale di compensazione per l'illecito commesso e ripristinando in maniera più completa la situazione della vittima. Il contenuto della riparazione non può dunque definirsi in astratto, ma muterà a seconda dell'oggettività giuridica lesa dal reato e dalle modalità concrete dell'offesa.

Tuttavia, neanche il riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato sembra offrire margini operativi per un ruolo considerevole della vittima nell'economia dell'istituto: nell'interpretazione di tali condotte riparatorie, infatti, stante il carattere pubblicistico del danno criminale, il giudice dovrà valutare la serietà dello sforzo profuso dall'imputato volto ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, a prescindere dai risultati favorevoli conseguiti, in concreto, dalla vittima.

Infatti, a differenza del risarcimento del danno, che, in un'ottica più marcatamente privatistica, deve ritenersi assoggettato alla volontà collaborativa della persona offesa, desumibile anche dalla necessaria costituzione di parte civile⁴⁰, in relazione alle condotte riparatorie non dovrebbe considerarsi vincolante il rifiuto opposto dalla persona offesa, quando l'offerta di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose sia reputata soddisfattiva delle istanze di prevenzione generale e speciale sottese all'istituto.

Complessivamente, dunque, può ben dirsi che il ruolo della persona offesa nella sospensione del processo con messa alla prova è ben lungi dall'essere incisivo

³⁹ F. Giunta, *Sospensione condizionale*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, 113.

⁴⁰ Sembra, infatti, applicabile anche alla sospensione del processo con messa alla prova la giurisprudenza formatasi in relazione alla sospensione condizionale della pena. Cfr. Cass., 5-3.2015, n. 12895 - dep. 26 marzo 2015; Cass., 29.3.2007, n. 16629 - dep. 02 maggio 2007.

al punto da ritenere l'istituto una concretizzazione degli ideali di Giustizia riparativa⁴¹.

4. L'art. 1 co. 1 lett. m l. 67/2014 delegava l'Esecutivo a prevedere l'esclusione della punibilità delle condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risultasse la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile risarcitoria; inoltre la delega comprendeva il conseguente adeguamento della relativa normativa processuale penale.

Si trattava di una delega eccessivamente generica, che si limitava a fissare come unico parametro quello del limite edittale, dal momento che la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento restavano concetti indefiniti, affidati alla discrezionalità del legislatore delegato.

Il limite edittale dei cinque anni previsto nella legge delega permette di desumere, *ex adverso*, che la causa di non punibilità risultava preclusa, sulla scorta di una presunzione legislativa, per tutti i reati che, in astratto, sono considerati di disvalore medio-alto. Tuttavia, secondo alcuni il limite quinquennale è sembrato discutibile e inadeguato a mitigare l'eccessiva discrezionalità dell'autorità giudiziaria, dal momento che consente comunque al giudice di ritenere non punibili comportamenti reputati dal legislatore in astratto talmente rilevanti da legittimare l'applicabilità nei confronti dell'indagato della misura cautelare della custodia in carcere ai sensi dell'art. 280 co. 2 Cpp⁴².

Lo scarno criterio direttivo è stato attuato con il d.lgs. 16.3.2015 n. 28, che ha introdotto l'art. 131-bis nel codice penale come causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto⁴³.

La disposizione stabilisce, al primo comma, che nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità

⁴¹ Su tali perplessità sia consentito rinviare al nostro R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *PPG*, III, Torino 2015, 170 ss.

⁴² G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.*, in *SI*, 2015, 1103.

⁴³ G. Rossi, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *DPP*, 2016, 538 ss.; V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Napoli 2019, 1 ss.

della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133 co.1 Cp, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

A differenza della delega, però, il decreto attuativo ha corredato l'art. 131-bis Cp di una serie di limiti normativi finalizzati a circoscrivere il potere discrezionale del giudice nella selezione dei fatti non bisognosi di pena, impedendo la bagatellizzazione "a tappeto". Per l'applicazione dell'art. 131-bis Cp., dunque, il legislatore ha adottato un modello di degradazione dell'illecito penale di «carattere misto», richiedendo il contestuale accertamento della sussistenza di due presupposti, definiti dalla Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. 28/2015 «indici-criteri»: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento.

La non punibilità è stata, quindi, subordinata ad una articolata valutazione della condotta del reo concernente sia il disvalore di evento che quello di azione sotto il profilo oggettivo del fatto e, sotto il profilo soggettivo, la personalità dell'autore desunta dai suoi comportamenti pregressi.

La sussistenza dell'indice-criterio oggettivo della particolare tenuità dell'offesa è a sua volta ricavabile da quelli che la Relazione al decreto ha denominato, con espressione poi mutuata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, «indici-requisiti», vale a dire dalla modalità della condotta (introdotta solo in un secondo momento dalla Commissione ministeriale e non contemplata originariamente dalla legge delega) e dall'esiguità del danno o del pericolo da valutarsi ai sensi dell'art. 133 co. 1 Cp. L'aver ancorato la valutazione della tenuità dell'offesa ai parametri di cui all'art. 133 co. 1 Cp, senza restrizioni di sorta, sottintende la rilevanza a tal fine anche del grado di colpevolezza del reo⁴⁴, desumibile dai parametri dell'intensità del dolo e del grado della colpa.

Il secondo limite ostativo all'applicabilità della particolare tenuità è quello individuato dal co. 2 dell'art. 131-bis Cp per i fatti che, pur rientrando nei parametri del comma 1, siano stati commessi con finalità o modalità peculiari (motivi abietti o futili; crudeltà anche in danno di animali; sevizie, abuso delle condizioni di minorata difesa della vittima anche in riferimento all'età), oppure abbiano causato come conseguenza non voluta la morte o le lesioni gravissime di una persona.

⁴⁴ Sul punto, anche alla luce delle Sez. Unite, 25.2.2016, nn. 13681 e 13682, cfr. V. Giordano, *Le sezioni Unite sanciscono la compatibilità dell'art. 131 bis c.p. con i reati di pericolo presunto. Il difficile discrimen tra offensività in concreto e particolare tenuità*, in *D&GMin*, 3-4, 2016, 18 ss.; G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *DPP*, 2016, 894 ss.

Un ulteriore limite, considerato da una parte della dottrina uno “degli aspetti più criticabili della riforma”⁴⁵, è individuato dal co. 4 dell’art. 131-bis Cp, che sancisce l’irrelevanza delle circostanze ai fini del calcolo della pena infraquinquennale, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Ciò neutralizza la possibilità di applicare la norma ad ipotesi statisticamente frequenti e nella prassi spesso meritevoli della non punibilità per particolare tenuità, come nel caso dei furti aggravati e pluriaggravati⁴⁶.

Il secondo indice-criterio della particolare tenuità è quello di carattere soggettivo della “non abitualità del comportamento”. L’elasticità e vaghezza di questo parametro sono state bilanciate dall’elencazione nel co. 3 dell’art. 131-bis Cp di una casistica di abitualità presunta e, dunque, ostativa alla declaratoria di non punibilità per tenuità.

Si tratta dei casi in cui: 1) l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza; 2) abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità; 3) il reato abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Tale elenco, peraltro, nonostante il diverso parere originario del legislatore storico, è stato considerato tassativo e non meramente esemplificativo, escludendosi la possibilità di una sua integrazione analogica.

Alla luce di una siffatta elencazione, dunque, il concetto di abitualità deve considerarsi indipendente dalle categorie classiche della condanna e della recidiva e deve essere, altresì, ricostruito alla luce della *ratio* della riforma, che è quella di escludere dall’ambito della particolare tenuità le cosiddette condotte “seriali”, a prescindere da precedenti sentenze definitive.

Ciò significa che il requisito più problematico ai fini della sua valutazione, quello della pluralità di reati della stessa indole, può concretarsi, oltre che in presenza di condanne irrevocabili, anche nell’ipotesi in cui più reati, ulteriori e diversi da quello per il quale viene in questione l’applicabilità dell’art. 131-bis Cp, pur se commessi successivamente, si trovino al cospetto del medesimo giudice in uno stesso procedimento. In ogni caso, appare pacifico che ai fini della verifica del presupposto dell’abitualità ai sensi dell’art. 131-bis Cp devono prendersi in considerazione anche quei reati già ritenuti non punibili per tenuità ed iscritti, come previsto dalla legge, nel casellario giudiziale.

⁴⁵ C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, 37.

⁴⁶ G. Amarelli, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1105 ss.

L'art. 131-bis Cp ha, dunque, consegnato al giudice uno strumento di «depenalizzazione in concreto»⁴⁷ il cui ambito applicativo riguarda le cosiddette microviolazioni non autonome⁴⁸, vale a dire quei fatti storici che, pur formalmente tipici, antigiuridici e colpevoli, risultino connotati da un disvalore minimo e, dunque, non sono meritevoli di pena alla luce delle funzioni a questa attribuite dall'art. 27 comma 3 Cost.

La *ratio* di fondo dell'istituto, dalla collocazione ancipite tra diritto sostanziale e processuale, è quella di *extrema ratio* e sussidiarietà intese nella loro declinazione «secondaria»⁴⁹, cioè quale istanza di riduzione del penalmente rilevante che si realizza (anche) tramite la degradazione dei fatti (tipici, antigiuridici e colpevoli) in concreto ritenuti di speciale tenuità. Il nuovo istituto risponde, difatti, alla necessità di evitare che una formale e rigida applicazione delle norme incriminatrici finisca per comportare la punizione di fatti privi di quella carica di “disvalore globale” che dovrebbe legittimare l'intervento punitivo in un sistema orientato al perseguimento di istanze di prevenzione-integratrice della pena.

In secondo luogo, l'art. 131-bis Cp concretizza il principio di proporzionalità e ragionevolezza delle pene che trova oggi fondamento sia nell'art. 3 Cost., sia nell'art. 49 §. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza), risultando sproporzionata, e perciò irragionevole, l'irrogazione della pena in relazione a fatti che, per le loro caratteristiche storico/personali, sono caratterizzate da un disvalore del tutto esiguo. Il principio di proporzionalità, infatti, offre una cornice normativa per il bilanciamento tra il diritto/dovere dello Stato di punire e gli ulteriori controinteressi che vengono in gioco, parimenti rilevanti (es. carico giudiziario, lunghezza processuale, funzione criminogenetica della pena nei confronti di delinquenti primari autori di fatti di scarsa lesività), con possibile prevalenza di quest'ultimi.

L'origine della nuova causa di non punibilità, radicata nella l. 67/2014, dimostra che il nuovo istituto appare connotato da caratteristiche essenzialmente deflative, sia di tipo sostanziale che processuale, sebbene attuate non a livello di fattispecie astratte ma, in un'ottica gradualista dell'illecito penale, attraverso un'astensione dalla pena per fattispecie concrete dotate di scarsa lesività, rappresentando, in ciò, la frontiera più innovativa dell'ormai acquisito principio di offensività dell'illecito penale.

⁴⁷ R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP*, 2015, 660.

⁴⁸ Per una disamina dei reati bagattellari e la loro distinzione tra propri ed impropri vedi S. Moccia, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 97 ss.

⁴⁹ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 272 ss.

Nelle intenzioni del legislatore, infatti, la nuova causa di non punibilità dovrebbe infatti contribuire al superamento dei problemi connessi al sovraffollamento carcerario, stigmatizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In realtà tale obiettivo sembra rilevare più sul piano programmatico che sulle reali capacità di incidenza sulla popolazione detenuta, dal momento che la fascia di reati nei cui confronti opera l'art. 131-bis Cp è già oggetto di numerosi istituti premiali che inibiscono, di fatto, l'effettiva applicazione delle pene detentive comminate.

L'istituto, inoltre, pare perseguire non secondarie finalità di deflazione del carico giudiziario⁵⁰, soprattutto laddove la stessa trovi applicazione nella fase delle indagini preliminari. Tuttavia questa funzione deflattiva dell'art. 131-bis Cp non va enfatizzata: per quanto rilevante, è pur sempre una conseguenza solo riflessa dell'istituto, i cui obiettivi principali e presupposti teorici di legittimazione risiedono sul piano del penale sostanziale, afferendo al profilo della definizione dei limiti dello *ius puniendi*.

Dal punto di vista procedurale, comunque, il decreto prevede modifiche tese a configurare la tenuità del fatto sia come causa di archiviazione (art. 411 co. 1-bis Cpp), sia come causa di proscioglimento predibattimentale (art. 469 Cpp)⁵¹ ma nulla esclude – e la prassi si è sin da subito orientata in tal senso – la pronuncia di una sentenza dibattimentale di assoluzione per non punibilità ai sensi dell'art. 530 Cpp.

Così descritto l'istituto e le sue *rationes ispiratrici*, bisogna evidenziare che nell'economia dello stesso il ruolo della vittima appare, ancora una volta, sminuito. Dal punto di vista procedurale, la persona offesa ha il diritto di essere avvisata, di poter prendere visione degli atti e di presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'art. 409 co.2 e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409 co. 4 e 5.

In fase predibattimentale, ex art. 469 co. 1-bis, il giudice dovrà ascoltare la persona offesa, se questa compare. Ma, a dimostrazione dello scarso ruolo attribuito

⁵⁰ R. Bartoli, *Particolare tenuità del fatto - La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *GI*, 2016, 1729 ss.

⁵¹ Cfr., per una proposta interpretativa innovativa sul punto, V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Napoli, 2019, 56 ss.

nella prassi a tale interlocuzione, la giurisprudenza di legittimità⁵² ritiene che “La notificazione del decreto di citazione a giudizio garantisce alla persona offesa adeguata informazione sulla possibilità della declaratoria in fase predibattimentale dell'applicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 469, comma 1-bis, cod. proc. pen., senza che vi sia necessità di uno specifico avviso relativo a tale eventuale sviluppo processuale”, non dovendosi introdurre nell'art. 552 Cpp alcun espresso richiamo all'art. 469 co. 1-bis Cpp, non essendo tale richiamo previsto dalla legge.

Il ruolo della vittima, per così dire, finisce per essere indiretto e mediato, dovendo, con ogni probabilità esercitare un ruolo persuasivo nei confronti del giudice circa l'esistenza dei fatti ostativi alla concessione della non punibilità in cui è involto la persona offesa.

L'unica possibilità per la persona offesa, dunque, sembra quella di far emergere elementi da cui desumere motivi abietti e futili, la crudeltà, le sevizie adoperate dal soggetto agente; oppure, di far emergere le proprie condizioni di minorata difesa. Questa lettura dell'istituto sembra del tutto distonico rispetto agli obiettivi, perseguiti dalle convenzioni internazionali, di evitare la vittimizzazione secondaria.

Infine, il mancato richiamo in questa sede al co. 2 dell'art. 133 Cp — che al n. 3 prende in considerazione tra i criteri di commisurazione della pena anche la condotta susseguente al reato — sembra escludere la possibilità di tener conto di eventuali condotte *post-patratum crimen* del reo di carattere risarcitorio o riparatorio, sebbene la giurisprudenza di merito si sia pronunciata in qualche occasione in senso opposto.

Sull'istituto grava, quindi, una scelta di “retroguardia” compiuta dal legislatore, ovvero quella di non valorizzare adeguatamente la condotta susseguente al reato di carattere ripristinatorio/risarcitorio secondo il paradigma della giustizia riparativa⁵³. Ciò avrebbe consentito di realizzare congiuntamente una funzione deflattiva del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, una tutela adeguata del bene leso tenuamente dalla condotta illecita, un ristoro immediato degli interessi della vittima ed un vantaggio economico per l'erario pubblico.

⁵² Cass., 18.10.2017, n. 8751 - dep. 22 febbraio 2018.

⁵³ M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPC*, 18 maggio 2015; G. Amarelli, *Voce Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *ED*, *Annali X* - 2017, 561 ss.

5. La l. 103/2017 (cosiddetta “riforma Orlando”), entrata in vigore il 3.8.2017, ha introdotto una nuova causa di estinzione del reato⁵⁴ all’art. 162-ter Cp, tra la disciplina dell’oblazione e quella della sospensione condizionale, per i reati procedibili a querela suscettibile di rimessione.

La norma prevede l’estinzione del reato quando l’imputato abbia riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ove possibile. L’estinzione del reato può essere riconosciuta anche in seguito ad un risarcimento offerto ai sensi dell’art. 1208 Cc dall’imputato e non accettato dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo. In tal modo, in caso di rifiuto dell’offerta di denaro da parte della persona offesa, l’autore del reato può comunque ottenere l’estinzione del reato, mettendo a disposizione la somma nelle modalità dell’offerta reale, così da consentire al giudice di valutarne l’effettività e la congruità.

Come risulta evidente, la formulazione dell’art. 162-ter Cp riecheggia quella dell’art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274, che - come già analizzato - consente al giudice di pace di dichiarare l’estinzione dei reati di sua competenza in seguito alle condotte riparatorie del reo.

Con la novella in commento si è, quindi, riproposta quella “circolazione di modelli”⁵⁵ provenienti da sotto-sistemi speciali verso il diritto penale generale, come è già accaduto con l’introduzione dell’art. 131-bis Cp, modellato sulla falsariga dell’art. 34 d.lgs. n. 274/2000, e con l’art. 168-bis Cp, introdotto nel processo ordinario nel solco dell’istituto - affine ma non identico - della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni, disciplinato dall’art. 27 DPR 448/1988.

Tuttavia - a dimostrazione di come l’osmosi tra i sottosistemi comporta spesso alterazioni sostanziali - a differenza del corrispondente istituto previsto dall’art. 35 co. 2 d.lgs. 274/2000 l’art. 168-ter Cp non implica alcuna valutazione discrezionale dell’idoneità delle attività riparatorie rispetto a parametri estranei alla norma stessa, come invece fa l’art. 35 co. 2 cit., che impone come filtro all’estinzione del reato le già descritte finalità di prevenzione e riprovazione connesse alla sanzione penale.

⁵⁴ C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *DPP*, 2017, 10, 1274 ss.

⁵⁵ Per la nota espressione, cfr. C. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino 2000, 10.

La nuova causa estintiva risponde in primo luogo a finalità schiettamente processuali di deflazione del carico giudiziario che, secondo alcuni autori⁵⁶, sarebbero addirittura primarie nell'economia dell'istituto.

Come esplicitamente enunciato nei lavori preparatori, infatti, l'art. 162-ter Cp nasce finalizzato ad evitare la celebrazione del processo quando esso ha ad oggetto l'accertamento di fatti lesivi di interessi privati, il cui disvalore sia stato concretamente annullato dalla condotta riparatoria del reo⁵⁷.

A questa logica di deflazione processuale si affianca, altresì, una finalità di deflazione in senso sostanziale. L'art. 162-ter Cp si inserisce, infatti, nell'alveo di quella tendenza politico-criminale che valorizza le condotte successive al fatto di reato, al fine di giustificare ipotesi sopravvenute di non punibilità, in attuazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale⁵⁸ nella sua declinazione 'secondaria', ovvero realizzata nell'ambito della concreta applicazione delle norme penali⁵⁹.

Pertanto, l'art. 162-ter Cp manifesta l'intento del legislatore di collocare la riparazione nell'ambito del fenomeno della "non punibilità"⁶⁰, quale esito possibile in un sistema non più legato al tradizionale binomio reato - pena⁶¹.

L'art. 162-ter Cp impone, dunque, al giudice di non punire quei reati che, pur già consumati, siano stati tempestivamente riparati tramite una contro-condotta del reo, volta ad eliderne o attenuarne le conseguenze dannose o pericolose e a consentire la tutela, sia pure tardiva, del bene giuridico protetto.

La riparazione, legata alle innumerevoli variabili del caso di specie, contribuisce ad una 'riduzione' del diritto penale - inalterato l'ambito del penalmente rilevante in astratto - realizzando invece una 'depenalizzazione in concreto di quelle condotte che, grazie al comportamento susseguente dello stesso reo, risultano immeritevoli di pena in virtù della tutela *ex post* del bene giuridico tutelato dalla norma.

⁵⁶ G. Amarelli, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p. Profili politico-criminali, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative*, in *SI*, 11, 2017, 4.

⁵⁷ Nella relazione di accompagnamento, consultabile in www.camera.it, lo scopo del nuovo istituto è identificato in quello di «recuperare i tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo e senza determinare la dispersione di alcuna garanzia».

⁵⁸ Sul canone dell'*extrema ratio* cfr. G. P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, 1654 ss.

⁵⁹ G. Amarelli, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni*, cit., 12.

⁶⁰ M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, 148 ss.; O. Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Milano 2016, 3 ss.; D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999, 435 ss.

⁶¹ A. Di Martino, *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa 1998, *passim*.

Rispetto all'idealtipo di Giustizia riparativa, calato nell'ordito dei principi costituzionali del diritto penale, anche nell'art. 162-ter Cp mancano, invero, una serie di requisiti e prerogative essenziali⁶², riconducibili in primo luogo alla totale assenza di un ruolo attivo della persona offesa dal reato⁶³, pur non necessariamente ricondotto a percorsi dialogici di mediazione tra reo e vittima, affidati ad un terzo imparziale volto a ricomporre la frattura causata dal reato⁶⁴.

Le esigenze di deflazione processuale, inoltre, sembrano minare alla base ogni possibilità di accertamento funzionale ad una (auto)responsabilizzazione del reo, altro carattere essenziale dei processi riparativi⁶⁵.

La persona offesa nell'ambito dell'art. 162-ter Cp, dunque, così come si è visto in relazione alla particolare tenuità del fatto ed alla sospensione del processo con messa alla prova, può unicamente essere sentita, ma non ha alcun potere di veto o opposizione rispetto alla decisione del giudice che ritenga, sulla base del proprio libero convincimento, congrua l'offerta risarcitoria del reo, né alcuna possibilità di dialogo conciliativo con quest'ultimo.

L'inciso "sentite le parti e la persona offesa" non è in grado di configurare una parentesi endo-procedimentale nella quale autore e vittima del reato abbiano l'occasione di incontrarsi e instaurare un dialogo⁶⁶ ma si limita a garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori della causa di estinzione.

Ma un vero e proprio corto-circuito, che dimostra che l'istituto non si limita ad essere semplicemente disfunzionale rispetto agli obiettivi della Giustizia riparativa⁶⁷ ma, anzi, si pone in posizione del tutto antagonista rispetto agli

⁶² M. Colamussi – A. Mestitz, voce *Giustizia riparativa (Restorative Justice)*, in *DDPen*, Agg. V, Torino 2010, 423 ss.; G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., *passim*; G. Mannozi, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, *passim*.

⁶³E. Mezzetti, *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *CP.*, 9, 2016, 3094 ss.

⁶⁴ M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Mediazione penale*, in *DDPen*, Agg. V, 2010, 547 ss.; S. Moccia, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, a cura di M. Ferrara, C. Pucciarelli, C. Troisi, Avellino 2006, 48.

⁶⁵G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 122; E. Mezzetti, *op. cit.*, 3094 ss.

⁶⁶ Cfr. O. Murro, *op. cit.*, 180 s.

⁶⁷ Come d'altronde è stato già chiarito dalla prima dottrina che si è pronunciata sull'istituto: cfr. D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. Pen.*, 2, 2017, 13 luglio 2017; C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *DPP*, 2017, 10, 1274 ss.; R. G. Maruotti, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *QG*, 20 giugno 2017

stessi⁶⁸, emerge nella possibilità per il giudice di valutare congrua l'offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e ss. Cc, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa.

Tale possibilità, ben lungi dall'essere residuale, risulta invece primaria nell'economia dell'istituto, nell'ottica di quelle finalità di economia processuale cui è orientato.

La causa estintiva in esame, infatti, condivide con la remissione della querela lo stesso ambito applicativo; dunque la sua efficacia deflattiva si manifesta esclusivamente in quei casi in cui il risarcimento offerto dal reo non sia stato ritenuto congruo dalla persona offesa, che pertanto abbia deciso di non rimettere la querela.

L'unico profilo realmente innovativo dell'art. 162-ter Cp, a ben vedere, è proprio costituito dalla possibilità per il giudice di superare il dissenso della persona offesa, che deliberatamente non rimette la querela. Questo meccanismo introduce un ulteriore sbilanciamento di potere in un rapporto - quello tra reo e persona offesa - già di per sé conflittuale, in netta antitesi rispetto al fine della Giustizia riparativa, che è quello di favorire l'*empowerment* della vittima del reato. La norma, infatti, imponendo al giudice, in presenza di un'offerta risarcitoria congrua, di neutralizzare il dissenso della persona offesa (che se consenziente potrebbe altrimenti procedere alla tradizionale remissione della querela) finisce per spogliare quest'ultima del potere, già di per sé blando, di negoziazione sottostante alla rimessione.

Non si ignora che, secondo alcuni autori⁶⁹, tale previsione rappresenta un meccanismo di bilanciamento dell'integralità del risarcimento, che, non prevedendo possibilità di parametrizzazione alle condizioni economiche soggettive del reo, rischierebbe di produrre detestabili meccanismi discriminatori di *bifurcation* sulla base del censo.

Tuttavia, per quanto giustificabile in ragione di siffatti obiettivi di politica del diritto, ciò non elide il meccanismo di *disempowerment* che l'art. 162-ter Cp realizza nei confronti della vittima. Pur insistendo sulla medesima fascia di criminalità per la quale opera la causa di estinzione del reato rappresentata, appunto, dalla remissione della querela, l'art. 162-ter Cp sottrae l'effetto estintivo del reato alla disponibilità della persona offesa. Anzi, tale effetto estintivo si

⁶⁸ Accenna alla previsione del meccanismo di estinzione "forzata" come modalità antitetica alla Giustizia riparativa C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.la legislazione penale.eu, 13.11.2017, 26.

⁶⁹ C. Grandi, *op. cit.*, 21; sui rischi di *bifurcation* degli strumenti sanzionatori patrimoniali cfr. A. Rizzo, *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *DPP*, 1997, 10, 1172.

produce nonostante la contrarietà di quest'ultima: l'art. 162-ter Cp fornisce al giudice il potere di 'scavalcare' l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante, in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa recata agli interessi lesi dal reato.

Questo meccanismo non è compatibile con gli ideali di Giustizia riparativa, la cui matrice, pur presente negli intendimenti della Commissione Fiorella⁷⁰, era correlata ad una formulazione dell'istituto proposta dalla Commissione che non comprendeva la "variante secondaria" incentrata sull'offerta reale, non accettata dalla persona offesa⁷¹, vero punto di rottura di ogni eventuale collegamento tra l'art. 162-ter Cp e la Giustizia riparativa.

Che l'istituto si riveli disfunzionale e distonico rispetto alle esigenze della vittima è dimostrato, inoltre, dal fatto che il riconoscimento da parte del giudice della "congruità della somma offerta" dal reo implica una valutazione giudiziale di sostanziale irragionevolezza circa la determinazione assunta dalla persona offesa; ciò renderà inevitabili fenomeni di risentimento delle vittime nei confronti dello Stato altrui, se non di vera e propria vittimizzazione secondaria, per giunta, in un ambito -quale quello dei reati procedibili a querela- in cui il legislatore e, di conseguenza, il giudice dovrebbero essere maggiormente attenti alla voce e alle esigenze della persona offesa.

L'art. 162-ter Cp, dunque, stravolge la funzione vittimologica della querela quale strumento di governo privato dell'azione penale, adoperandola come mero parametro di individuazione dell'ambito applicativo dell'istituto ed eventualmente come filtro processuale, contando il legislatore sulla scarsa propensione delle vittime "quiescenti" ad attivare il procedimento penale⁷².

La previsione dell'art. 162-ter Cp come strumento che sottrae il reo a pretese ritenute ingiustificatamente pervicaci della persona offesa dimostra l'esclusiva finalità deflattiva della norma, svincolata da qualsiasi percorso di incontro e dialogo tra autore e vittima del reato nel quale maturi l'impegno del primo anche ad una riparazione materiale dell'offesa.

⁷⁰ Come si evince dal seguente passaggio della Relazione Commissione Fiorella, *op. cit.*, 41: «A fianco dell'oblazione, si propone anche l'introduzione di una ipotesi generale di estinzione del reato in presenza di condotte riparatorie: tale strumento permette di affiancare all'istanza deflattiva il rafforzamento dell'idea della cd. giustizia riparativa, con l'attribuzione al procedimento di una funzione conciliativa tra autore e vittima del reato».

⁷¹ C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *DPP*, 2017, 10, 1274 ss.

⁷² Cfr. C. E. Paliero, *"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 253 ss.

Si può allora concludere nel senso che l'unico dato in comune tra Giustizia riparativa e art. 162-ter Cp sia la riparazione oggettiva delle conseguenze del reato, ma tutti gli altri profili di disciplina contribuiscono a rendere il nuovo art. 162-ter Cp non solo estraneo alla logica *stricto sensu* riparativa/conciliativa⁷³ ma addirittura ostativo alla stessa. Solo allorquando la persona offesa assume le vesti di co-protagonista nell'ambito di un percorso dialogico con l'autore del fatto, finalizzato alla riconciliazione con quest'ultimo e alla pacificazione sociale, «potranno dirsi davvero rispettate le logiche della giustizia riparativa, per la cui soddisfazione è ben lungi dall'essere sufficiente la prestazione unilaterale da parte del reo di un *tantundem* pecuniario del danno provocato dall'illecito, magari preceduta da un'audizione procedimentale della vittima, in adempimento formale di quanto previsto dalla legge»⁷⁴.

6. Appare ormai innegabile che le vittime abbiano riguadagnato, dopo tempo e fatica, un loro ruolo attivo all'interno della penalità. Ciò appare del tutto conforme all'assetto personocentrico della Costituzione italiana, oltre che congeniale ad un sistema penale (almeno sulla carta) orientato al recupero sociale del reo ed alla generalprevenzione positiva, di cui una vittima dotata di diritti e di "voce" può divenire vettore formidabile.

Da un punto di vista processuale, inoltre, l'introduzione di un soggetto processuale attivo coinvolto nel fatto di reato e diverso dalla parte pubblica e dall'imputato - con i dovuti pesi e contrappesi imposti dal legislatore e controllati dal giudice - può risultare altresì positiva nel potenziamento delle strutture cognitive basate sul meccanismo del contraddittorio, tipiche dei sistemi accusatori.

Ciò premesso in astratto, tuttavia l'analisi delle ultime novelle legislative ha consentito di evidenziare come, dietro l'ostentata esaltazione del ruolo della vittima nel sistema penale, vi sia una sostanziale strumentalizzazione delle esigenze e delle istanze della persona offesa all'interno del conflitto posto a fondamento del reato.

Tale strumentalizzazione, come è evidente nell'analisi dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, ha piegato le potenzialità della vittima alle necessità - imposte, in modo diretto o meno, dagli impulsi sovranazionali - di

⁷³ R. G. Maruotti, *op. cit.*, secondo il quale la nuova causa di estinzione del reato di cui al nuovo art. 162-ter c.p. non può ricondursi alla giustizia riparativa, poiché prevede soltanto la tacitazione del profilo risarcitorio, anche quando tale "riparazione" non è accettata dalla persona offesa.

⁷⁴ C. Grandi, *op. cit.*, 7.

decarcerizzazione e deflazione processuale, che richiedono istituti anticognitivi e risoluzioni giudiziali celeri.

Siffatta tendenza normativa non ha esitato a scotomizzare del tutto il ruolo della vittima, come è stato possibile osservare nell'analisi dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, fino a giungere, come nell'art. 162-ter Cp, a porsi in aperto contrasto con le determinazioni e le aspettative della persona offesa.

Al contrario, sarebbe opportuno che il legislatore ponesse realmente al centro le esigenze delle vittime da reato – in primo luogo attraverso politiche sociali multiagenziali, che non si limitino all'ambito del procedimento penale ma che offrano assistenza e sostegno, economico e non – ma anche attraverso l'introduzione di strumenti processuali di intervento per una persona offesa dal reato informata dei suoi diritti e tutelata nella sua sfera giuridica, attentamente bilanciati con le garanzie processuali dell'imputato e le esigenze di controllo sociale nell'accertamento e nella repressione dei reati.

ILP