

## IL DIRITTO PENALE TRA NEUTRALITÀ ISTITUZIONALE E UMANIZZAZIONE COMUNITARIA

*Relazione al Seminario transnazionale  
“The Role of the Community in the Restorative Culture”,  
organizzato dall’istituto CRESM e svoltosi a Gibellina il 26 ottobre 2012.*

di Francesco Parisi

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Paradigma vittimologico e paradigma comunitario nella *restorative justice*. – 2.1. (segue): l’indisponibilità della vittima come criterio-guida. – 2.2. (segue): la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, tra aperture riparative e cautele vittimologiche (o paternalistiche?). – 3. La RJ e la svolta emozionale del diritto penale. – 4. La valutazione empirica della giustizia riparativa. – 5. Conclusioni.

### 1. Premesse.

Il diritto penale moderno è fortemente caratterizzato dalla pretesa di eliminare le forme di giustizia privata, *lato sensu* vendicative, degli ordinamenti premoderni; ed è soprattutto in questa prospettiva che sembra spiegarsi il processo di esclusione della vittima e (per certi versi) della comunità dal sistema penale.

Le ragioni giustificatrici di questo proposito sono ormai da tempo analizzate<sup>1</sup>, e forse possono essere brevemente così riassunte. Innanzitutto, dal punto di vista storico-politico, la nascita degli Stati nazionali avrebbe determinato un forte accentramento dei poteri e la conseguente esigenza di attrarre all’esclusiva potestà statale il monopolio della punizione. Sotto un profilo giuridico-funzionalistico, e in particolare con riferimento alla tradizionale funzione pacificatrice attribuita al diritto (*ne cives ad arma veniant*), l’istituzione di un sistema gerarchicamente ordinato di agenzie di penalizzazione alle quali demandare la soluzione del conflitto avrebbe il pregio di assicurare l’interruzione delle possibili spirali di violenza senza fine tra i protagonisti del crimine e/o tra i loro gruppi socio-parentali. Convergerebbero poi anche ragioni di natura religioso-culturale: le pulsioni vendicative che sembrerebbero emergere nelle forme di giustizia privata denoterebbero un’umanità incapace di controllare le passioni esasperate, e dunque meritevole di essere screditata già in termini morali. Sul piano filosofico, infine, l’importante segmento razionalista del pensiero illuministico avrebbe richiesto di depurare le “questioni penali” dalle componenti emotive fortemente presenti nel crimine: alla legge penale andrebbe cioè affidato il compito di reagire

---

<sup>1</sup> Cfr. MANNA, *La vittima del reato: «a la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, I, p. 957 ss.

razionalmente all'offesa realizzata da un agente razionale. Ed ecco, allora, l'esclusiva attribuzione a tecnici del diritto (i giudici) il compito di neutralizzare, secondo il principio di imparzialità, i sentimenti di vendetta della vittima; la predeterminazione delle regole di criminalizzazione, secondo il principio di legalità; la necessità di rispettare un rigoroso parametro di proporzione tra fatto e reazione, capace di determinare in che misura vada compensato il male "razionalmente" arrecato alla vittima.

Soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, inizia però ad emergere una certa insoddisfazione per la sterilizzazione emotiva e la razionalizzazione istituzionale del sistema penale; ed è proprio nel tentativo di trovare risposte più vicine alla dimensione umanistica del reato che si tende a riscoprire forme di giustizia conciliativa del passato e, rinnovandole, a fondare le basi teoriche per primi esperimenti di giustizia riparativa in Nord America e per la successiva espansione della c.d. *restorative justice* (di seguito RJ).

Ed invero, sotto il primo profilo, e dunque con riferimento alle forme di giustizia pre-moderne, si sono valorizzati i risultati di alcuni studi antropologici che mostrerebbero come il contenimento della vendetta privata non sia stata sempre e solo affidata al potere *strictu sensu* punitivo, bensì anche a meccanismi di natura conciliativa: l'intervento del mediatore, soggetto terzo rispetto al conflitto, avrebbe avuto la funzione di stemperare le reazioni emotive determinate dal reato e di ridurre le pretese retributive della vittima. Di ciò si avrebbe testimonianza in alcune comunità che ancora oggi applicano un diritto consuetudinario<sup>2</sup>, ma anche ad esempio nella più risalente tradizione vetero testamentaria, laddove a riti di natura più eminentemente punitiva (*mishpat*) si affiancavano riti di tipo conciliativo (*riv*)<sup>3</sup>.

L'importante funzione del diritto di assicurare l'armonia sociale attraverso il controllo della vendetta, dunque, non sarebbe un'eredità esclusiva del sistema penale istituzionalizzato. Al contrario, la RJ, già nelle sue manifestazioni pre-moderne, si porrebbe in alternativa non tanto rispetto alla giustizia punitiva (rispetto alla quale, in un rapporto circolare di sostituzione e sovrapposizione di mezzi, condividerebbe il medesimo fine di pacificazione del conflitto), ma soprattutto rispetto alla giustizia vendicativa<sup>4</sup>.

Ma, al di là dei tentativi di (ri)legittimazione in chiave storico-antropologica della giustizia conciliativa, il reale punto di partenza per l'affermazione delle moderne teorie sulla RJ è costituito da un *argomento in negativo*: e cioè, dalla considerazione critica secondo cui la giustizia penale moderna avrebbe finito sostanzialmente per escludere dal conflitto i reali protagonisti del reato. In primo luogo la vittima e il reo; in

---

<sup>2</sup> Cfr., tra gli altri, FAVALLI- PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Introduzione al pluralismo giuridico in Eritrea*, Milano, 2007.

<sup>3</sup> BELLIA, *Pena e riconciliazione nel mondo biblico*, in *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di FIANDACA – VISCONTI, Torino, 2009, p. 63 ss.

<sup>4</sup> FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in PALAZZO-BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 97 ss.

secondo luogo, la comunità di riferimento, la quale sopporta (direttamente o indirettamente) le conseguenze del reato.

Riguardo poi alle modalità, *in positivo*, con cui recuperare il terreno perso, nelle impostazioni più radicali<sup>5</sup>, per curare la crisi della giustizia penale (ridotta ad una sorta di “opera teatrale messa in scena da giuristi e tecnici del diritto”) e l’effetto di alienazione determinato dall’esclusione dalla c.d. “arena penalistica” dei soggetti più direttamente coinvolti, si invoca (in prospettiva abolizionista e in chiave – potremmo dire - anarchico-libertaria) un’integrale rimeditazione del sistema penale, con una restituzione del conflitto *tout court* ai suoi legittimi “proprietari” (e dunque in funzione strettamente restitutorio-compensativa).

In altre prospettive, e sono le prevalenti, più che di “totale riappropriazione” del conflitto, si chiede di attribuire un ruolo effettivo ai soggetti in carne e ossa coinvolti nel crimine: grazie a forme meno istituzionalizzate di giustizia penale (come la RJ) riemergerebbe il reale impatto del reato su autore, vittima e comunità; ed è attraverso questa nuova connessione di significati che sarebbe dunque possibile ricostituire i legami spezzati e reintegrare i soggetti nel patto di cittadinanza violato con la realizzazione del reato.

## 2. Paradigma vittimologico e paradigma comunitario nella *restorative justice*.

Più in particolare, i modelli, le tecniche e gli strumenti di RJ concretamente adottati dagli ordinamenti penali sembrano svilupparsi attorno a due paradigmi fondamentali: a) un paradigma vittimologico; b) un paradigma comunitario<sup>6</sup>.

a) Sotto il primo profilo, è indubbio che a dare un decisivo impulso verso la RJ sia stato il percorso di c.d. “riscoperta” della vittima, il cui principale merito va riconosciuto agli studi vittimologici sorti negli anni’70<sup>7</sup>.

Questo particolare ramo del pensiero criminologico ha infatti mostrato con drammaticità i vuoti di tutela di cui soffre la vittima nel sistema penale moderno, sottolineandone ad esempio l’emarginazione processuale, la mancanza di ascolto e di assistenza dopo il crimine, l’esposizione a diversificate forme di traumatizzazione (al cui interno si è ad esempio distinto, com’è noto, tra la c.d. *vittimizzazione primaria*, che riguarda le conseguenze dirette dell’atto subito, e la c.d. “*vittimizzazione secondaria*” o *ripetuta*, che fa riferimento alle conseguenze negative prodotte dal successivo confronto della vittima con la società e la realtà normativa). Proprio consentendo alla vittima un

---

<sup>5</sup> CHRISTIE, *Conflict as Property*, in *British Journal of Criminology*, 1, 1977, p. 1 ss.; e in VON HIRSCH-ASHWORTH-ROBERTS, *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford, 2009, p. 173 ss.

<sup>6</sup> Cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 43 ss.

<sup>7</sup> Dell’ampia letteratura sul tema, ci limitiamo a rinviare a PORTIGLIATTI BARBOS, *Vittimologia* (voce), in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1999, p. 314 ss.; DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in AA.VV., *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di FIANDACA – VISCONTI, Torino, 2009.

concreto spazio di ascolto e una più effettiva partecipazione nella risoluzione del conflitto che l'ha trovata involontaria protagonista, la RJ avrebbe grandi potenzialità per garantire alla vittima una soddisfazione reale delle proprie aspettative.

b) Per quanto concerne il paradigma comunitario, la riscoperta della RJ è strettamente legata all'idea di un'interdipendenza funzionale tra giustizia e comunità (ed è proprio in questa direzione che muovono, negli anni '70, i primi esperimenti di RJ in Nord America). Il conflitto tornerebbe alla comunità in quanto è all'interno di questa che si è sviluppato, ed è lì che può trovare migliore cura.

Ora, il coinvolgimento della comunità nel percorso riparativo può essere più o meno ampio a seconda delle procedure di elaborazione del conflitto che vengono adottate.

La presenza della comunità è ad esempio particolarmente rilevante nell'ambito della c.d. "giustizia transizionale".

In queste ipotesi, che riguardano crimini di massa generalmente realizzati per ragioni etniche o politico-ideologiche, è l'intera comunità ad accompagnare reo e vittima nel percorso di riconciliazione, nella prospettiva di una transizione verso la pacificazione e verso un rinnovato modello di comunità<sup>8</sup>.

Nelle altre forme per così dire "comuni" di RJ, invece, la comunità entra con diverse modalità nella dimensione riparativa, potendo esercitare un ruolo *diretto* o *indiretto* nella risoluzione del conflitto.

Nei c.d. *circles*, praticati soprattutto in Canada o in Australia per decidere conflitti sorti all'interno di comunità minoritarie, ad esempio, alcuni membri della comunità (generalmente anziani o soggetti ritenuti rappresentativi) partecipano attivamente al percorso riconciliativo (*healing circles*) o vengono comunque tenuti in considerazione nella commisurazione della pena (c.d. *sentencing circles*).

Nei c.d. *Family Group Conferences (FGC)* il ruolo della comunità rimane diretto, ma si assottiglia la stessa nozione di comunità che viene in considerazione, trattandosi essenzialmente dei gruppi parentali più strettamente collegati a autore e vittima.

In altri casi, come nella mediazione penale (*Victim-Offender-Mediation* o *VOM*), la comunità non interviene direttamente nel conflitto; ma ciò non equivale a decretarne la scomparsa dalla prospettiva riparativa. Essa può invero esercitare un ruolo fondamentale nell'attivare canali di ascolto e sostegno della vittima per mezzo dei servizi di assistenza, o nel curare gli eventuali accordi riparatori tra vittima e autore del reato attraverso gli uffici di mediazione. Secondo recenti teorie microsociologiche sull'interazione rituale<sup>9</sup>, poi, la comunità riceverebbe comunque le ricadute a valle del procedimento di comunicazione tra vittima e autore del reato, nel senso che i benefici effetti tra i partecipanti alla mediazione avrebbero la capacità di estendersi sull'intera

---

<sup>8</sup> Con riferimento al caso emblematico delle c.d. Commissioni per la verità e la riconciliazione istituite dopo la fine dell'apartheid in Sud Africa, cfr. per tutti LOLLINI, *Costituzionalismo giustizia di transizione. Il ruolo della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

<sup>9</sup> COLLINS, *Interaction Ritual Chains*, Princeton, 2004.

comunità di riferimento, fungendo da riconferma di principi di solidarietà e di coesione<sup>10</sup>.

Nelle diverse forme di RJ, quindi, paradigma vittimologico e paradigma comunitario coesistono, e possono rafforzarsi vicendevolmente; disponendosi come un *continuum* in cui, a seconda del concreto modello riparativo utilizzato, emerge con più forza l'uno o l'altro dei due paradigmi.

### 2.1. (segue): l'indisponibilità della vittima come criterio-guida.

Deve però aggiungersi un'importante specificazione: anche nei casi di maggiore coinvolgimento della comunità nella RJ (in forma diretta o indiretta), non sembra invero potersi escludere che il destinatario principale degli interventi riparativi sia, almeno in ultima istanza, la vittima di reato. E, all'interno dell'attività riparativa, ciò dovrebbe emergere sia nei rapporti tra vittima e autore del reato, sia in quelli tra vittima e comunità.

Ed invero, con riferimento alla relazione vittima-autore, è vero che il ruolo dell'autore del reato nel percorso riparativo può apprezzarsi (non solo per gli effetti positivi che possono derivare alla vittima dal confronto con il reo, ma) anche in termini rieducativi, quale utile riflessione sulla condotta criminosa realizzata e sulle concrete conseguenze del reato<sup>11</sup>. Ma ciò non può far dimenticare che proprio uno dei segnali di discontinuità della RJ rispetto al sistema penale moderno è il mutamento della tradizionale visione reo-centrica del reato.

E dunque, la c.d. rieducazione del reo, che resta di primaria importanza per il sistema penale e che può essere alimentata anche attraverso gli strumenti *lato sensu* riparativi, è (di certo) un obiettivo auspicabile ma non (del tutto) indispensabile nella prospettiva riparativa. E ciò sembrerebbe confermato dalle principali prassi operative, che non richiedono un ravvedimento (anche in senso meramente prognostico) dell'autore, né come condizione soggettiva di c.d. fattibilità (essendo sufficiente il riconoscimento dei presupposti essenziali del fatto e la semplice volontà - che può anche essere meramente strumentale-utilitaristica - di partecipare), né come elemento imprescindibile di valutazione per definire con esito positivo l'attività riparativa.

In relazione ai rapporti tra vittima e comunità, poi, è necessario tenere sempre presente i rischi latenti di una sorta di *soffocamento comunitario* della vittima all'interno del percorso riparativo: il coinvolgimento della comunità nella riconciliazione non deve cioè limitare il diritto della vittima a contestare (ed eventualmente ad uscire dal) le regole culturali/comunitarie di riferimento, le quali in talune ipotesi possono invece costituire proprio uno degli elementi che influenzano, pur implicitamente, la realizzazione della condotta criminale.

---

<sup>10</sup> Cfr. ROSSNER, *Emotions and interaction ritual. A micro Analysis of Restorative Justice*, in *British Journal of Criminology*, 2011, 51, p. 95-119.

<sup>11</sup> Cfr. MANNA, *La vittima del reato*, cit., p. 1015 ss.

Ciò appare particolarmente evidente nell'ambito dei reati c.d. culturalmente motivati: cioè nei casi in cui il reo realizza una condotta imposta, richiesta, o comunque approvata, dal suo gruppo culturale d'appartenenza, la quale però, al contempo, integra una fattispecie penale tipizzata dall'ordinamento vigente nel paese d'accoglienza (come nei casi di mutilazioni genitali femminili, di violenze di genere perpetrate in contesti culturali fortemente maschilisti, ecc.). In siffatte ipotesi, una pedissequa applicazione di alcuni strumenti di RJ, come i *circles*, rischierebbe di concretizzare il c.d. "paradosso della vulnerabilità multiculturale": ovverossia, il pericolo che tutele accordate ai vulnerabili gruppi culturali minoritari finiscano per legittimare forme di aggressione ai danni dei soggetti a loro volta più vulnerabili all'interno del singolo gruppo<sup>12</sup>

Ma, volendoci riferire a tipologie di reato tradizionalmente note nell'ordinamento italiano, ci si potrebbe forse chiedere se "in contesti ambientali come ad esempio quelli siciliani, tradizionalmente pervasi da culture di stampo mafioso e perciò avvezzi a forme di mediazione sociale dei conflitti (ad opera degli stessi uomini d'onore nel ruolo di "pacieri"), una pratica come la mediazione potrebbe essere fraintesa e vissuta in modo tale da indebolire la percezione sociale della obbligatorietà del rispetto delle norme giuridiche e da svilire la serietà delle sanzioni giuridiche previste per la loro violazione"<sup>13</sup>.

Ora, pur potendosi forse contenere i rischi paventati con una ragionevole interpretazione delle plurime declinazioni del concetto di comunità (da intendere in senso ampio o in senso ristretto; in senso geografico o in senso funzionale, ecc.<sup>14</sup>), non sembrano sussistere ragioni per escludere l'affermazione di un principio di massima: e cioè che l'indisponibilità della vittima costituisce un criterio-guida all'interno del trinomio riparativo vittima-autore-comunità.

Da quanto detto mi pare possano emergere almeno due parametri orientativo-metodologici. In primo luogo, sarebbe opportuno seguire un generale principio prudenziale di cautela nel considerare i rischi di particolare vulnerabilità (individuale o comunitaria) cui potrebbe essere esposta la vittima anche durante il percorso riparativo (v. *infra*); in secondo luogo, dovrebbero escludersi dal campo di applicazione della giustizia riparativa tutte quelle attività realizzabili dall'autore in favore della collettività che risultino scarsamente collegate con la vittima: più il contributo riparativo dell'autore del reato sembri in realtà indirizzato verso il soddisfacimento di un interesse della comunità, o comunque sfumare verso una vittima astratta o meramente simbolica, più aumenterebbero i rischi che la vittima reale venga strumentalizzata per esigenze riabilitativo-trattamentali del reo, o subisca una nuova

---

<sup>12</sup> Sui rapporti tra il paradosso della c.d. vulnerabilità multiculturale (SHACHAR A., *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001, p. 3 ss.) e i c.d. reati culturalmente orientati, sia consentito rinviare a PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Torino, 2010.

<sup>13</sup> FIANDACA, *Pena e mediazione negli orientamenti giuridici contemporanei*, dattiloscritto.

<sup>14</sup> Per un'analisi dei diversi modi di intendere il termine "comunità" nella giustizia penale, cfr. LACEY-ZEDNER, *Discourses of Community in Criminal Justice*, in *Journal of Law and Society*, 1995, p. 301 ss.

riespropriação del conflitto, questa volta in un'ottica (non già istituzionale, bensì) comunitaria.

2.2. (segue): la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, tra aperture riparative e cautele vittimologiche (o paternalistiche?)

Proprio in questa direzione sembra spingere l'attuale normativa europea; e in particolare la recentissima direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la precedente decisione quadro 2001/220/GAI)<sup>15</sup>, la quale disciplina espressamente i "servizi di giustizia riparativa".

Ed invero, rispetto alla precedente decisione quadro del 2001, la direttiva sembra assumere nei confronti della RJ un atteggiamento di *apertura condizionata*.

Da una parte, infatti, amplia idealmente il campo di applicazione della RJ: e ciò, attraverso un'estensione della definizione di vittima di reato (che ora include anche la c.d. vittima indiretta<sup>16</sup>, ovverossia "il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona"<sup>17</sup>) e un più marcato riconoscimento degli strumenti di giustizia riparativa<sup>18</sup> – giacché, nell'affermare che "i servizi di giustizia riparativa (...) possono essere di grande beneficio per le vittime"<sup>19</sup>, vi include espressamente oltre alla mediazione penale (unica forma in precedenza prevista dalla decisione quadro del 2001), anche il "dialogo esteso ai gruppi parentali" (il c.d. *Family group conferencing*) e i consigli commisurativi (*sentencing circles*)<sup>20</sup>.

Dall'altra, però, definisce in modo più selettivo presupposti e limiti per il ricorso alla RJ, ritenendo che fattori come "la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, l'età, la capacità intellettuale della vittima possano pregiudicare l'esito positivo del procedimento"<sup>21</sup> di riparazione. Più in particolare, oltre all'importante prescrizione

---

<sup>15</sup> Per un quadro di sintesi della direttiva, cfr. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, di prossima pubblicazione in *questa Rivista*. Per uno sguardo complessivo sulla protezione della vittima nella normativa europea, v. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee, in questa Rivista, 18 settembre 2012*.

<sup>16</sup> Non specificamente contemplata, invece, dalla precedente decisione quadro 2001/220/GAI, con conseguenti dubbi interpretativi (generalmente risolti comunque in senso positivo) sulla possibilità (o meno) di includere la c.d. vittima indiretta nel programma riparativo.

<sup>17</sup> Art. 1, lett. a) punto ii).

<sup>18</sup> Definita come "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale": art. 1 lett. d).

<sup>19</sup> Considerando 46.

<sup>20</sup> Considerando 46.

<sup>21</sup> Considerando 46.

di carattere generale secondo cui al centro dell'attività dei servizi riparativi debbano essere posti "gli interessi e le esigenze della vittima", la direttiva chiede agli Stati membri di adottare misure tali da garantire che la vittima non subisca episodi di vittimizzazione secondaria o ripetuta proprio all'interno del percorso riparativo<sup>22</sup>, e individua alcune condizioni per l'accesso ai servizi di giustizia riparativa, tra le quali l'indicazione che questo dovrà avvenire "solo se nell'interesse della vittima"<sup>23</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto, dunque, in una prospettiva protezionistica avanzata, la direttiva mostra di considerare con una certa cautela (se non, forse, con diffidenza) l'utilizzo della RJ nei casi più problematici, specie nelle ipotesi di particolari condizioni di vulnerabilità della vittima.

Indicazioni (per certi versi) analoghe erano peraltro già pervenute dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nei noti casi Gueye e Sanchez (Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2011, procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, Gueye e Sanchez)<sup>24</sup>.

Entrambe le vicende traevano origine da fattispecie di maltrattamenti nell'ambito di un rapporto di convivenza, cui era seguita l'applicazione della sanzione accessoria del divieto di contatto tra reo e vittima prevista dall'art. 48 n.2 del codice penale spagnolo (la cui violazione comporta *ex art.* 468 comma 2 del medesimo codice la realizzazione di un'autonoma fattispecie di reato). Considerata la volontà delle stesse vittime di riprendere il rapporto di convivenza, e dunque di sottrarsi alla misura di protezione del divieto di contatto, il Tribunale di Tarragona ritenne di dover investire la Corte di Giustizia UE della questione se la decisione quadro del 2001 sulla tutela della vittima ostasse ad una normativa interna che escludeva: a) la possibilità di attribuire valore alla volontà della vittima di non applicare la sanzione accessoria del divieto di contatto; b) l'ammissibilità della mediazione penale nei reati intrafamiliari (divieto previsto dall'art. 87 ter n. 5 della Ley Organica spagnola 6/1985, così come novellata dalla legge organica 1/2004).

Orbene, la Corte decise di pronunciarsi per la conformità della normativa interna al diritto dell'Unione in base ad una duplice argomentazione. Con riferimento alla questione del ruolo da attribuire alla volontà della vittima di sottrarsi alla protezione prevista in suo favore, si dovrebbe secondo la Corte considerare come la tutela penale contro gli atti di violenza domestica sia volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì anche altri interessi più generali della collettività. Mentre, riguardo al divieto di mediazione nei reati intrafamiliari, la

---

<sup>22</sup> Art. 12, comma 1.

<sup>23</sup> Art. 12, comma 1 lett. a). Ed è parimenti al fine di garantire un'effettiva protezione della vittima che la direttiva raccomanda inoltre di introdurre nella comunità servizi di sostegno e assistenza (anche specialistica) della vittima (art. 8 ss.), e di alimentare un percorso di adeguata formazione per i funzionari e gli operatori pubblici che entrino in contatto con la vittima (forze di polizia, personale giudiziario e magistratura, avvocati, gli stessi operatori dei servizi di assistenza e di giustizia riparativa: art. 25).

<sup>24</sup> Per un commento alla sentenza, v. [VOZZA, La 'saga' della giurisprudenza europea sulla tutela della vittima nel procedimento penale continua con la sentenza Gueye, in questa Rivista, 8 novembre 2011](#); [CALÒ, Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post-Lisbona, in questa Rivista, 21 novembre 2011](#).

Corte sostiene che la discrezionalità degli Stati membri nell'individuare le tipologie di reato mediabili può essere limitata solo dall'obbligo di applicare *criteri oggettivi* ai fini della determinazione dei tipi di reati per i quali la mediazione sia ritenuta inadeguata; e l'esclusione della mediazione per le ipotesi di reati intrafamiliari, tenuto conto della loro particolare natura, non sembra fondarsi su criteri privi di oggettività (punto 76).

Insomma, in conclusione, dalle fonti europee sembra raccomandarsi un utilizzo della RJ in funzione esclusiva di tutela della vittima: e di ciò vi sarebbe conferma sia nel processo di ideale estensione dei servizi di RJ, sia (*a contrario*) nelle particolari cautele richieste per l'applicazione della RJ nelle ipotesi di vittime c.d. vulnerabili.

Specie sotto quest'ultimo profilo, ci si potrebbe peraltro chiedere in senso critico se una prospettiva protezionistica così rigida non finisca in realtà per delineare un'eccessiva tendenza paternalista dell'ordinamento nei confronti della vittima.

Ora, l'idea di allestire una forma avanzata (*rectius* paternalista) di protezione della vittima potrebbe forse giustificarsi per fronteggiare i rischi di vittimizzazione che potrebbero emergere da un'attività riparativa orientata, per ragioni utilitaristico-efficientiste di natura sistemica o anche per una sorta di ansia da risultato dell'operatore, verso un c.d. *problem solving model*: e cioè, un modello tendente a raggiungere velocemente l'obiettivo della conciliazione (magari conferendo una sorta di "delega emozionale"<sup>25</sup> ad un tecnico-facilitatore di risoluzione dei conflitti), senza tuttavia tenere in adeguata considerazione le ricadute di lungo periodo e la riproposizione delle logiche di dominio ai danni della vittima (specie nelle relazioni c.d. ristrette o domestiche).

Ma allora la questione sembra, a ben vedere, spostarsi sulla necessità di individuare più stringenti parametri di riferimento (e di valutazione: v. *infra*) dell'attività riparativa, che esplicitino come introdurre cautele aggiuntive secondo la specificità degli interessi coinvolti<sup>26</sup> e, eventualmente, come valutare in concreto elementi quali il livello di competenza personale, sociale, culturale ed emotiva della vittima (circostanze queste ad esempio espressamente richiamate nel rinvio pregiudiziale del Tribunale di Tarragona sopra citato) per escludere i rischi di vittimizzazione ripetuta<sup>27</sup>.

### 3. La RJ e la svolta emozionale del diritto penale.

Centralità della vittima, ascolto del vissuto emozionale, soddisfazione di aspettative e bisogni, cura delle ferite e dei traumi cagionati dal reato, trasformazione del conflitto. Si tratta di elementi spesso invocati come caratteristiche primarie della RJ,

---

<sup>25</sup> TURNATURI, *Vergogna. Metamorfosi di un'emozione*, Milano, 2012, p. 46 ss.

<sup>26</sup> Sulle cautele aggiuntive del procedimento di riparazione nell'ambito dei crimini violenti (ivi compresi quelli di natura sessuale), cfr. UMBREIT-ARMOUR, *Restorative Justice Dialogue. An Essential Guide for Research and Practice*, New York, 2011.

<sup>27</sup> Sulla valutazione individuale della vittima per individuare le specifiche esigenze di protezione, v. il Capo IV della direttiva 2012/29/UE sopra citata.

e che sembrerebbero delineare i segni di una nuova semantica del reato: a rilevare non sarebbe tanto la dimensione normativa, e dunque l'interesse giudico protetto dalla norma incriminatrice, ma la dimensione umana, e cioè le conseguenze patite da persone in carne ed ossa, ivi comprese le componenti emotive correlate all'esperienza vissuta.

Certo, con uno sforzo selettivo dovrebbe forse distinguersi tra termini come riparazione, conciliazione e mediazione, che, nonostante siano spesso vicendevolmente utilizzati, sembrano rispondere a modelli e visioni di RJ molto diversi tra loro (a seconda dell'utilizzazione dei percorsi riparativi in chiave efficientista; anarchico-libertaria; solidaristico-comunitaria; liberal-democratica ecc.<sup>28</sup>). Ma non pare potersi dubitare che appartenga al nucleo essenziale della RJ la ricerca di un'umanizzazione della giustizia, capace di fare i conti con le componenti emotivo-sentimentali che emergono dal reato. E, sotto questo punto di vista, la RJ sembrerebbe rientrare a pieno titolo nell'alveo di quella sorta di *svolta emozionale*, o di *riemozionalizzazione della legge*, che emerge in alcune recenti tendenze del diritto penale<sup>29</sup>.

In realtà, a ben vedere, il processo di riscoperta delle emozioni e dei sentimenti (al di là della differenza tra i due concetti<sup>30</sup>) è un fenomeno che ormai da qualche decennio attraversa diverse scienze extrapenalistiche, le quali sembrano muovere verso una profonda rimediazione del rapporto tra ragione e sentimenti. Si può ad esempio ricordare come in ambito sociologico sia soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni '70 che prende corpo, in Nord America, la corrente della c.d. sociologia delle emozioni<sup>31</sup>. Nel terreno delle neuroscienze, le scoperte sui c.d. neuroni specchio hanno risvegliato un interesse via via crescente per lo studio della trasmissione inferenziale di sentimenti come l'empatia<sup>32</sup>. Sul piano filosofico è soprattutto all'opera di Martha Nussbaum che si deve il tentativo di rintracciare la componente cognitiva delle emozioni e di individuarne selettivamente i margini di applicazione nel diritto<sup>33</sup>.

Ora, con riferimento specifico alla materia penale, non può dubitarsi che il diritto penale moderno si trovi in una situazione paradossale nel confrontarsi con il tema delle emozioni e dei sentimenti: e cioè, quella di vivere in uno spazio necessariamente intriso di componenti emozionali di forte intensità, ma di dover (volere) ansiosamente trovare *meccanismi di raffreddamento* delle emozioni, capaci di

---

<sup>28</sup> VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile. Appunti critici a margine dell'esperienza palermitana*, in *SottoTraccia. Saperi e percorsi sociali*, 6/2011, p. 38 ss.

<sup>29</sup> FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*: relazione presentata al Convegno *Diritto penale e neuroetica*, Foggia, 21-22 maggio 2012, in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Cfr. TURNATURI (a cura di), *La sociologia delle emozioni*, Milano, 1995.

<sup>32</sup> Sul ruolo delle scoperte dei neuroni-specchio nel dibattito sulla c.d. teoria della mente, in una prospettiva filosofica prima che psicologica dell'empatia, cfr. STUEBER, *Rediscovering Empathy. Agency, Folk Psychology, and the Human Sciences*, Cambridge, 2006, trad.it., *L'empatia*, Bologna, 2010, p. 153 ss. Sui suggestivi rapporti tra empatia e diritto penale, cfr. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009.

<sup>33</sup> NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001, trad. it., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004.

ricondurre quest'ultime a valori standard e di sottoporle a parametri di giudizio razionalmente predeterminati.

A partire dagli anni'90, però, sembra risvegliarsi nel diritto penale un certo interesse per i meccanismi normativi emotivamente condizionati: ne deriva una rivalutazione del sentimento di vergogna all'interno di alcune forme di procedura penale (c.d. *reintegrative shaming*)<sup>34</sup>, o nel ricorso alle pene di pubblica umiliazione; l'emersione di politiche penali sempre più severe ed emozionali; la presenza della vittima all'esecuzione della pena (specie nei casi di pena capitale) o nei resoconti di vittimizzazione (*victim impact statements*)<sup>35</sup>.

La questione è molto delicata, e richiederebbe ulteriori approfondimenti anche sui rischi di derive populistiche e antigarantiste che parrebbero derivare da una ristrutturazione in chiave sensazionalistico-emozionale delle politiche pubbliche di criminalizzazione.

Ma, con riferimento alla riesplorazione delle componenti emotive nell'ambito della RJ, vi è da chiedersi: il "semplice" riconoscimento dei bisogni emotivi della vittima (e, per certi versi, dell'autore del reato) può essere considerato un passo avanti verso un'auspicabile forma di *giustizia emozionalmente intelligente*, capace di disinnescare la trappola irrazionale in cui sarebbe caduto il modello illuministico (e cioè, di voler reagire razionalmente ad un'offesa che mantiene un ineludibile carattere di irrazionalità)<sup>36</sup>, oppure residuano elementi di criticità nel voler attribuire rilievo (in qualche modo traducibile in termini penalistici) a fattori eminentemente soggettivi come le emozioni? E poi, sul piano pratico, siamo davvero sicuri che i tempi (necessariamente limitati dalle esigenze della giustizia penale) in cui si svolge la comunicazione tra vittima e autore del reato siano sufficienti a garantire una reale comprensione dello stato emozionale delle persone coinvolte e a decifrare la possibile (o forse intrinseca) ambivalenza dei sentimenti?

#### 4. La valutazione empirica della giustizia riparativa

Un esame *ex professo* degli interrogativi posti non sembra compatibile con il tempo a disposizione e lo spazio di questo intervento.

Utili spunti di riflessione in proposito potrebbero verosimilmente derivare da una valutazione empirica dei casi affidati ai servizi di giustizia riparativa. È possibile verificare se, ed eventualmente in presenza di quali (almeno predominanti) condizioni, il reciproco scambio di vissuti emozionali (come ira, vendetta, colpa, vergogna, empatia, perdono, ecc.) trovi poi reali riscontri positivi in termini di soddisfazione delle

---

<sup>34</sup> BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, New York, 1989.

<sup>35</sup> Cfr. KARSTEDT, *Handle with Care: Emotions, Crime and Justice*, in KARSTEDT-LOADER-STRANG, *Emotions, Crime and Justice*, Oxford, 2011, p. 3 ss.

<sup>36</sup> SHERMAN, *Reason for emotion: Reinventing Justice with Theories, Innovations and Research. The American Society of Criminology 2002 Presidential Address*, in *Criminology*, 2003, p. 1-38.

aspettative riparative della vittima o di accresciuta consapevolezza del reo per i fatti di reato commessi?

In proposito, l'Università di Palermo, tramite il dipartimento DEMS, sta per avviare un lavoro di valutazione dell'attività svolta dall'ufficio di mediazione penale del Comune di Palermo negli anni 2005-2011.

Partendo dai bisogni iniziali della vittima di reato, si tratterà di verificare l'impatto degli interventi di RJ sul "grado di soddisfazione della vittima", pur nella consapevolezza di dover comunque considerare gli elementi di contesto per limitare il carattere vago e indefinito di siffatta espressione (e in tale prospettiva, la circostanza di compiere la valutazione dopo un congruo lasso di tempo dalla conclusione della mediazione dovrebbe quanto meno limitare il c.d. *bubble effect*<sup>37</sup>: e cioè, il rischio che il senso di soddisfazione sia in realtà temporaneo, e si dissolva con il tempo dopo una più accurata riflessione).

Altro elemento da tenere in considerazione non potrà che essere il tasso di recidiva degli autori del reato che abbiano partecipato alla mediazione.

I dati ottenuti andrebbero poi posti in relazione (almeno per campione) con la casistica della giustizia "tradizionale", per cogliere tendenziali analogie e differenze nelle reazioni dei protagonisti e comparare i risultati raggiunti.

Tra le altre questioni rilevanti (e dunque senza alcuna pretesa di esaustività), sarebbe forse poi opportuno valutare con che modalità il mediatore svolge il proprio lavoro e se è possibile rintracciare o meno un particolare modello di mediazione; quali sono i criteri che guidano l'invio dei casi in mediazione e i rapporti tra esito della mediazione ed esito del procedimento penale.

E poi, ancora (e la questione sarebbe feconda di rilevanti implicazioni teoriche), non ci si dovrebbe forse chiedere se anche all'interno della RJ sia (o meno) necessario mantenere un rapporto di proporzione (magari inteso in senso meno rigoristico rispetto al modello retributivo)<sup>38</sup> tra l'offesa ricevuta dalla vittima e l'attività riparativa concretamente realizzata dall'autore?

## 5. Conclusioni

Gli strumenti di RJ possono costituire una grande opportunità per i protagonisti del reato, e non sarebbe forse errato parlare di vero e proprio diritto delle parti a servirsene (pur se condizionato dalle c.d. condizioni di fattibilità del percorso riparativo).

---

<sup>37</sup> MCCOLD, *Protocols for evaluating restorative justice programmes*, in *British Journal of Community Justice*, vol. 2, 2008, p. 17 ss.

<sup>38</sup> Sulla proposta di mantenere componenti retributive all'interno di un modello di RJ (c.d. *making amends model*), specie sotto il profilo del principio di proporzione, cfr. VON HIRSH-ASHWORTH-SHEARING, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?* in VON HIRSCH-ASHWORTH-ROBERTS, *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford, 2009, p. 211 ss.

Ciò non deve però far dimenticare che la giustizia riparativa non può esistere senza un atto di “riconoscimento” da parte del sistema penale vigente.

Talvolta, invece, tra i sostenitori della RJ sembra emergere una tendenza autarchico-solipsistica a rifugiarsi in una specie di nicchia giuridica, presuntivamente depositaria di una sorta di messaggio messianico (meta-penalistico) in nome del quale superare i canoni della giustizia penale tradizionale. Spesso cioè la RJ è vista come “la vera soluzione” ai conflitti (in contrapposizione all’artificiosa giustizia penale), e non è raro che l’attività del mediatore (o più in generale del facilitatore del percorso di riparazione) venga ricoperta di una certa aura di spiritualità<sup>39</sup>. E ciò in un processo di rimozione collettiva delle “resistenze” o comunque delle cautele che ancora sussistono rispetto all’idea di un’estensione generalizzata nel sistema penale della RJ (finora prevalentemente confinata in settori specifici).

In realtà, il giustificato interesse per la RJ non nasce necessariamente da una fideistica esaltazione delle virtù pacificatrici dei “circles” o del processo di trasformazione emotiva che può avvenire all’interno della “stanza di mediazione”, ma soprattutto dal (laico) riconoscimento che il coinvolgimento di vasti settori della comunità nell’ascolto dei protagonisti del reato e nella cura delle conseguenze negative dei fatti criminali, la capacità dei servizi di giustizia riparativa di prendere seriamente in considerazione il reale vissuto dei protagonisti del reato costituiscono di certo elementi di proficua “umanizzazione” del sistema penale.

Ma se è forse vero che il modello penale illuministico ha vissuto nell’illusoria convinzione di poter neutralizzare le passioni degli individui e di poterle razionalizzare in uno schema coerente di diritti e di doveri, è anche vero che è proprio grazie a quel sistema che sono entrati nella nostra tradizione penalistica principi fondamentali di garanzia, quali il principio di proporzionalità, il principio di legalità, la tutela dei diritti fondamentali ecc.

Insomma, non si tratta di dover scegliere tra vuota violenza istituzionale del diritto penale moderno e mite dolcezza riconciliante della RJ, o al contrario tra tutela dei diritti di garanzia e sregolata privatizzazione della giustizia. Ci si può e deve chiedere, invece, se possa abbozzarsi un disegno unitario d’insieme<sup>40</sup>: una regia armonica in cui RJ e giustizia tradizionale, umanizzazione e neutralismo del diritto dialoghino vicendevolmente e si intersechino in funzione di sintesi.

Al momento tale disegno non sembra esistere. Possiamo provarci!

---

<sup>39</sup> ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990; BENDER-ARMOUR, *The spiritual components of restorative justice dialogue*, in *Victim and Offender*, 2, 2007, pp. 251-267; UMBREIT-ARMOUR, *Restorative Justice Dialogue*, cit., p. 67 ss.

<sup>40</sup> FIANDACA, *Gli obiettivi*, cit., p. 118.