

# 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?

Francesco Parisi

**Sommario:** 1. Modalità di applicazione della *restorative justice* nel sistema penale. – 2. La normativa sovranazionale europea. – 3. Ragionevole *Victim centred justice* o condanna al destino di Sisifo? – 3.1. La formazione del mediatore, i criteri di rinvio e le procedure del programma riparativo nella direttiva 2012/29/UE. – 3.1.2. La c.d. soddisfazione della vittima negli schemi dinamici e flessibili. – 3.2. Gli obiettivi della RJ a seconda del modello di riferimento. – 3.2.1. Tra conflitto e giustizia: una recente questione (non solo) terminologica. – 3.3. Sistema penale e RJ come paradigmi conciliabili. – 3.4. L'esigenza di una scelta chiara e non nevrotica del legislatore.

## 1. Modalità di applicazione della *restorative justice* nel sistema penale

Senza entrare in questa sede nei particolari profili problematici relativi ai diversi modi di intendere la nozione di “giustizia riparativa”<sup>1</sup>, va preliminarmente rilevato che l'articolo 2, comma 1, lett. d) della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, definisce espressamente la “giustizia riparativa” (nell'espressione inglese *restorative justice*: d'ora in avanti RJ) 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*». Riguardo poi all'individuazione delle prassi che concretamente rientrano nella nozione di RJ, la direttiva menziona a titolo esemplificativo la mediazione penale (*Victim offender mediation* – VOM, e cioè il confronto autore-vittima in presenza del terzo mediatore), il *family group conferencing* (una sorta di mediazione “allargata” ai gruppi parentali ed a persone di supporto), il *circle sentencing*<sup>2</sup> (in cui l'autore di reato, la vittima, le loro famiglie e alcuni membri rappresentativi della comunità, insieme ai tecnici del diritto, cercano tutti assieme una soluzione al conflitto-reato); e cioè i principali modelli di RJ

---

<sup>1</sup> Sul punto sia consentito rinviare a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità e legittimazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 dicembre 2014, 1-30. Per un'indagine critica circa la tendenza dominante (politicamente e culturalmente non neutrale) ad utilizzare indistintamente l'espressione linguistica inglese “*restorative justice*”, anziché gli equivalenti semantici esistenti presso gli specifici ordinamenti giuridici di riferimento, v. G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 137 ss.

<sup>2</sup> Sulla distinzione tra questi diversi modelli, cfr. *amplius* M. COLAMUSSI - A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa* (*restorative justice*), in *Dig. disc. pen.*, Utet, Agg. 2010, 423 ss.

applicati in Europa, pur se con un differente grado di diffusione: se i c.d. *circles* trovano infatti applicazione soltanto in via sperimentale in alcuni progetti *ad hoc*, le due tipologie di RJ maggiormente utilizzate in Europa sono invece il FGC o semplicemente *conferencing* (specie in Regno Unito ed in Irlanda) e, soprattutto, la mediazione penale.

Ora, pur nell'inevitabile diversità di prassi e di modelli utilizzati, è possibile sinteticamente descrivere il generale meccanismo di applicazione della RJ nel sistema penale, concentrandoci esclusivamente sugli aspetti comuni a queste pratiche (e dunque con qualche inevitabile approssimazione). Il "servizio di giustizia riparativa" (secondo l'espressione utilizzata nella recente direttiva sopracitata), che in taluni casi può essere anche semplicemente una sezione specializzata della polizia mentre in altri è costituito da un ufficio *ad hoc*, entra in contatto con l'autore del reato e con la vittima, generalmente in seguito ad una decisione dell'autorità giudiziaria che gli invia il caso<sup>3</sup>. Svolge dei colloqui preliminari per verificare se esistano le principali condizioni per potere iniziare un programma di giustizia riparativa. Acquisito il consenso informato di entrambi i soggetti e il riconoscimento dei c.d. fatti base da parte dell'autore del reato, l'ufficio cura gli incontri con le parti (nel caso del *conferencing* queste sono accompagnate da c.d. persone di supporto). La comunicazione autore-vittima, che può realizzarsi anche con vittima indiretta<sup>4</sup>, surrogata o aspecifica<sup>5</sup>, avviene attraverso la narrazione a-tecnica circa le reali motivazioni a delinquere, i danni - anche di natura psico-emotiva - concretamente subiti, il dolore effettivamente percepito in conseguenze del reato e le aspettative riparative; se possibile, si individua il contenuto degli accordi finalizzati a riparare le conseguenze del reato. In caso di interruzione o di esito negativo del percorso, l'autorità giudiziaria non deve tenerne conto nel prosieguo dell'*iter* penalistico. Qualora, secondo la valutazione del mediatore/facilitatore, si raggiunga invece un risultato riparativo positivo, questo è suscettibile di influenzare favorevolmente la risposta dell'ordinamento nei confronti del reato e del suo autore, pur con una diversità di effetti in ragione degli strumenti normativi utilizzati dai singoli ordinamenti nazionali e soprattutto a seconda che il programma riparativo intervenga in una fase pre-processuale, processuale o post-processuale. Durante la fase pre-processuale, infatti, esso potrà costituire il presupposto per un'archiviazione del procedimento o per instaurare altre forme di *diversion*; in sede di cognizione, il buon esito riparativo può essere valorizzato dal giudice o tramite la sentenza di proscioglimento, là dove ciò sia consentito (e ciò avviene generalmente nel caso di reati di non elevata gravità), oppure in sede di commisurazione della pena; durante la fase esecutiva, il programma riparativo può essere valutato come elemento utile per la concessione di benefici *lato sensu* premiali al condannato.

L'*iter* così delineato nei suoi tratti essenziali costituisce il principale *modus operandi* delle prassi di RJ come esse risultano dal percorso di affermazione del c.d. *RJ movement*: vale a dire, di quell'insieme di proposte avanzate a partire da diverse prospettive teoriche

---

<sup>3</sup> In alcuni ordinamenti (come nel Regno Unito), peraltro, non è necessario che il procedimento riparativo proceda parallelamente al procedimento penale, essendo ammissibile che la RJ trovi ulteriore applicazione come alternativa alla *prosecution*, e dunque fuori dal procedimento penale (tramite un *out of court disposal* del *prosecutor*).

<sup>4</sup> Tra autore di reato e coloro che subiscono indirettamente le conseguenze dell'offesa, come i genitori o i figli della vittima deceduta a causa del reato.

<sup>5</sup> Tra l'autore di reato e la vittima che ha patito un'offesa di natura analoga, ma realizzata da un soggetto diverso.

che, pur avendo una specifica ed autonoma sensibilità (abolizionista<sup>6</sup>, vittimologica<sup>7</sup>, comunitaria<sup>8</sup> o anche semplicemente deflativa<sup>9</sup>), convergono tutte nel ritenere necessaria una giustizia meno burocratica e formalizzata, più snella, più vicina all'ascolto e al soddisfacimento delle aspettative e dei reali interessi delle parti in conflitto (la vittima, l'autore di reato, la comunità). Rivendicazioni che hanno iniziato a trovare accoglimento a partire soprattutto dagli anni '70 dello scorso secolo in Nord America e che hanno poi visto una graduale diffusione in Oceania (dove ad esempio in Nuova Zelanda il sistema minorile è fortemente ispirato ai principi della RJ e più recentemente anche la fase del *sentencing* ha espressamente recepito la riparazione tra gli scopi della pena<sup>10</sup>) e nelle altre parti del globo, ivi compresa l'Europa.

Per quanto concerne le realtà a noi più vicine, molti paesi europei contemplano ormai esplicitamente forme di RJ nell'ordinamento, disciplinandone i potenziali effetti, gli strumenti tecnici o in alcune ipotesi i divieti di applicazione per particolari tipologie di illecito<sup>11</sup>; in altri, invece, e com'è noto l'Italia rientra in questa seconda tipologia di casi, non esistono ancora norme specifiche. Segnatamente, il nostro ordinamento non ha ancora deciso lo spazio da attribuire alla RJ. Esiste ormai una sperimentazione ventennale di mediazione penale nel rito minorile fondata su piedistalli normativi instabili, e cioè su un'interpretazione fortemente estensiva di alcune norme che consentono di legittimare il rinvio del caso all'ufficio di mediazione (in particolare gli artt. 9 e 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), e di attribuirgli un valore traducibile in termini penalistici (estinzione del reato per buon esito della messa alla prova; perdono giudiziale; irrilevanza del fatto)<sup>12</sup>. Nel caso di reati commessi da soggetti adulti: le norme sulla giurisdizione del giudice di pace penale, le uniche che contengono un riferimento alla possibilità di avvalersi di un ufficio di mediazione a fini conciliativi<sup>13</sup>, non hanno trovato significativa

---

<sup>6</sup> La RJ sarebbe cioè uno strumento per contrastare la tendenza fagocitante del sistema penale di espropriare il conflitto ai soggetti realmente coinvolti nel reato; e ciò tramite l'intervento asettico e spersonalizzante dei tecnici del diritto nominati dallo Stato: cfr. N. CHRISTIE, *Conflict as property*, in *British Journal of Criminology*, 1977, 1-15.

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, J. JOHNSTONE, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Routledge, 2002, 62 ss.

<sup>8</sup> E ciò in particolare nelle forme "allargate" di confronto all'interno della comunità: cfr. per tutti L. WALGRAVE, *The need for clarity about restorative justice conferences*, in E. ZINSSTAG – I. VANFRAECHEN (a cura di), *Conferencing and restorative justice: international practices and perspectives*, Oxford University Press, 33-45.

<sup>9</sup> Sull'utilizzo della RJ secondo una prospettiva *problem solving* prevalentemente negoziale, cfr. F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 10. Sulla *ratio* deflativo-efficientista della disciplina normativa della mediazione penale per adulti introdotta nel 2007 nell'ordinamento portoghese, v. C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile. Appunti critici a margine dell'esperienza palermitana*, in *Sotto Traccia, Saperi e percorsi sociali*, vol. 6, 2011, 38-47.

<sup>10</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1219 ss.

<sup>11</sup> L'ordinamento spagnolo, com'è noto, esclude l'ammissibilità della mediazione penale nell'ambito delle violenze domestiche: cfr., anche in una prospettiva critica, M.E. TORRES FERNANDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo: una prospettiva comparatistica ed interdisciplinare*, a cura di E. URSO, Firenze University Press, 2013, 305 ss.

<sup>12</sup> Per tutti, cfr. G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1321ss.

<sup>13</sup> Com'è noto, infatti, l'art. 29, comma 4, del D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 prevede che "il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e,

applicazione; sostanzialmente inesistente è l'applicazione della mediazione penale presso il tribunale ordinario (sebbene anche qui esisterebbero spazi interpretativi per instaurare un procedimento di mediazione penale, ad es. in base all'art. 555, comma 3, c.p.p.<sup>14</sup>); talune applicazioni, anche per reati gravi, emergono invece durante la fase dell'esecuzione della pena, tramite una lettura in chiave riparativa di alcune norme (ad esempio, l'art. 47, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354) che riguardano istituti premiali.

Ad ogni modo, è bene precisare che anche nei paesi in cui la RJ ha trovato uno specifico riconoscimento normativo la sua concreta diffusione resta comunque piuttosto marginale, sia dal punto di vista numerico sia da quello tipologico: sotto il primo profilo, la percentuale di applicazione dei procedimenti di RJ è comparativamente assai inferiore rispetto al numero totale dei procedimenti penali<sup>15</sup>; quanto al versante tipologico, in alcuni paesi (come in Spagna e per certi versi in Italia) la mediazione è sostanzialmente limitata ad applicazioni nella giustizia minorile, e nei casi in cui essa sia estesa agli adulti essa opera generalmente in reati di basso e medio disvalore penale. Inoltre, in Europa la presenza o meno di servizi di RJ, e dunque la concreta possibilità di effettuare un programma riparativo, spesso non è assicurata in tutto il territorio e dipende da politiche finanziarie regionali e da sensibilità locali.

Questi ultimi dati sono utili a comprendere come la diffusione di questa forma di giustizia sia ancora piuttosto contenuta, sebbene ciò non implichi che la si possa considerare un fenomeno tutto sommato trascurabile nelle attuali politiche penali<sup>16</sup>. Intanto perché, come già menzionato, esistono modelli di riferimento comparativo importanti in altri paesi extraeuropei in cui la RJ è senza alcun timore reverenziale perfettamente integrata nel sistema penale, sia in ambito minorile sia nella giustizia tra adulti<sup>17</sup>; il tema ha inoltre un significativo valore teorico, se non altro dimostrato dall'ormai vastissima letteratura internazionale sull'argomento, che continua ad interrogarsi sulle legittimità, sulla natura e sui possibili intrecci tra RJ e sistema penale (tanto da fungere da stimolo per la creazione di un network autonomo<sup>18</sup>, particolarmente attivo nella diffusione della cultura riparativa in ambito europeo, anche grazie alla recente creazione di una rivista di approfondimento sui temi specifici della RJ<sup>19</sup>); in diversi paesi europei, poi, vi è comunque una sempre crescente considerazione per l'argomento, sia sul piano normativo sia sul piano mediatico-culturale (ad esempio in Regno Unito recenti interventi normativi hanno esplicitamente inserito la RJ in alcuni istituti processual-

---

ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio".

<sup>14</sup> Cfr. P. GRILLO, *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento penale davanti al giudice di pace ed al tribunale a composizione monocratica*, in *Giur. mer.*, 2013, 10 ss.

<sup>15</sup> V. I. AERTSEN – S. PARMENTIER – I. VANFRAECHEM – L. WALGRAVE – E. ZINSSTAG, *An adventure is taking off. Why Restorative Justice: An International Journal?* In *Restorative Justice: an international journal*, vol. 1, 2013, 8.

<sup>16</sup> Sull'opportunità di introdurre specifici corsi universitari sui temi della RJ, v. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.

<sup>17</sup> Per approfondimenti, cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale*, cit., 1251.

<sup>18</sup> Ci si intende con ciò riferire alle attività di ricerca dell'*European forum of restorative justice*, le cui attività sono presentate al seguente link: <http://www.euforumrj.org/>.

<sup>19</sup> Si tratta della già citata rivista "*Restorative Justice. An international Journal*", Hart publishing.

penalistici<sup>20</sup> ed essa è anche oggetto di particolare attenzione nei mezzi di comunicazione di massa, nonché in alcuni libri ispirati a storie vere di *conferencing* che hanno riscosso un certo successo di vendite<sup>21</sup>); *last but not least*, anzi direi soprattutto, la RJ ha trovato espresso riconoscimento sul piano normativo sovranazionale europeo, e dunque i legislatori nazionali dovrebbero scegliere quale peso attribuirle all'interno del proprio sistema penale.

## 2. La normativa sovranazionale europea

Sul piano delle fonti normative europee, nel versante del Consiglio d'Europa, il primo importante documento è notoriamente rappresentato dalla Raccomandazione relativa alla mediazione in materia penale del Consiglio dei ministri del Consiglio n. R (99) 19 adottata il 15 settembre 1999, che ha individuato le principali regole per l'applicazione del più diffuso strumento di RJ in Europa: vale a dire, la mediazione penale. Senza entrare nei dettagli della raccomandazione<sup>22</sup>, si può sinteticamente osservare come essa individui importanti principi e regole minime di disciplina della mediazione penale, secondo una logica di bilanciamento tra le esigenze di rispetto dei diritti di garanzia dell'autore del reato da un lato e la tutela della vittima dall'altro, e si caratterizzi per una complessiva tendenza propulsiva circa l'adozione di processi di mediazione penale in ambito penale.

Un ridimensionamento delle capacità applicative della mediazione penale, pur se nello specifico ambito delle violenze di genere, sembra invece emergere nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata ad Istanbul l'11 maggio 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul) e ratificata dall'Italia con L. 27 giugno 2013, n. 77. Secondo l'art. 48 della convenzione, infatti, le parti dovrebbero introdurre meccanismi specifici per vietare le forme alternative delle controversie (*Alternative dispute resolution: ADR*) obbligatorie, comprese la mediazione e la conciliazione, quando si tratti di violenze di genere. La convenzione sembra muoversi in un'ideale linea di continuità con il prevalente orientamento delle Nazioni Unite sulla questione: come può leggersi nell'*handbook for legislation on Violence against Women* del 2009<sup>23</sup>, infatti, l'ONU appare incline a vietare la mediazione per queste tipologie di reati, in quanto essa finirebbe per sottovalutare gli squilibri di potere generalmente esistenti tra le parti nelle violenze di genere, specie in quelle domestiche, e ridurrebbe il senso di responsabilità dell'autore in fattispecie di reato particolarmente odiose. Vero è però che la convenzione vieta in modo esplicito soltanto le forme di risoluzione delle controversie obbligatorie (*mandatory*). Come infatti indicato nel documento esplicativo alla convenzione, l'obiettivo è di enfatizzare l'effetto negativo che si realizzerebbe là dove l'applicazione della ADR alle violenze di genere finisse per impedire il possibile ricorso al giudice e al processo *adversarial*. Ad ogni buon conto, pur

---

<sup>20</sup> L'allegato 16 al *Crime and Courts Act 2013*, infatti, introduce una nuova sezione 1ZA nel *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (*court's power to defer passing of sentence*), che rende esplicito come la corte possa usare il proprio potere di differire la sentenza per consentire un programma di RJ.

<sup>21</sup> P. WOOLF, *The Damage Done. The true story of a brutal life of crime in London's dangerous underworld*, Transworld Publishers, 2008.

<sup>22</sup> Per un commento alla raccomandazione, v. A. CERETTI – C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 762 ss.

<sup>23</sup> Il manuale è consultabile al seguente link: <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>.

in mancanza di un esplicito divieto delle forme attualmente praticate di RJ, in quanto esse si caratterizzano per la volontarietà del processo riparativo e per la possibilità di interromperlo in ogni momento con contestuale ritorno ai tradizionali binari penalistici, la norma sembra voler però indicare un generale atteggiamento di contrarietà all'utilizzo della RJ nell'ambito delle violenze di genere per ragioni di protezione speciale delle vittime vulnerabili; e non è forse un caso che in alcuni paesi come nel Regno Unito, nel recente *revised Victims Code* (entrato in vigore il 10 dicembre 2013) sia per la prima volta contemplata la RJ con l'intenzione di diffonderne l'applicazione in prospettiva vittimocentrica, ma se ne escluda esplicitamente l'utilizzo nell'ambito delle violenze di genere.

Sul versante del diritto dell'Unione può riscontrarsi un analogo processo di *dimensionamento selettivo* della RJ, e anche qui in base a considerazioni di natura vittimologica. Se, infatti, nella decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI) emergeva un atteggiamento chiaramente esortativo all'introduzione della mediazione penale, in quanto l'art. 10<sup>24</sup> invitava gli Stati membri ad introdurla nei propri ordinamenti (pur lasciando agli stessi la discrezionalità circa i criteri di idoneità sui casi suscettibili di mediazione), il generale approccio seguito dalla direttiva 2012/29UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI del 2001, sembra orientarsi verso una maggiore prudenza ed indicare un tendenziale mutamento di prospettiva. La direttiva, infatti, si caratterizza per un'*apertura condizionata* nei confronti della RJ<sup>25</sup>: da una parte riconosce quest'ultima come potenziale strumento di beneficio per la vittima e riconosce espressamente come prassi di RJ, oltre alla mediazione penale, anche gli altri modelli dei *circles* e dei *FGC*; nondimeno, invita gli Stati membri ad introdurre specifiche misure di salvaguardia della vittima nel sistema applicativo della RJ; e ciò in base alla considerazione che proprio durante lo svolgimento del percorso riparativo possano verificarsi episodi di vittimizzazione secondaria o ripetuta<sup>26</sup>.

Più in particolare, il sistema appare orientato all'introduzione di meccanismi di protezione a monte e a valle del procedimento riparativo. A monte, per un verso, la direttiva prevede che le vittime debbano intanto poter accedere a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, ben collegati con gli uffici di assistenza alla vittima, e i cui operatori siano selezionati sulla base di un *training* specializzato sui temi della protezione della vittima e orientato al costante aggiornamento; per altro verso, essa introduce significativi elementi di novità nell'indicare alcune cautele vittimologiche sulla decisione per il rinvio del caso, stabilendo che<sup>27</sup> gli Stati membri debbano decidere le *procedure e gli orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio* "tenendo conto di diversi fattori che potrebbero limitare la capacità della vittima di assumere decisione consapevoli durante il percorso riparativo, come la natura e la gravità del reato, il livello

---

<sup>24</sup> Secondo l'art. 10 della decisione quadro (mediazione nell'ambito del procedimento penale), "ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penale per i reati che esso ritiene idonei per questo tipo di misura" (comma 1). "Ciascuno stato membro provvede a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore di reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione" (comma 2).

<sup>25</sup> In questo senso, v. già F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 novembre 2012, 7.

<sup>26</sup> *Considerandum* 46, art. 12, comma 1, prima parte.

<sup>27</sup> Art. 12, comma 2.

del trauma, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima"<sup>28</sup>. A valle (e cioè nello svolgimento del procedimento riparativo), si ribadisce la necessità di rispettare alcuni presupposti già contemplati dalla Raccomandazione del 1999 sulla mediazione penale e complessivamente seguiti nelle principali prassi sopra menzionate: ovverossia<sup>29</sup>, il diritto della vittima di poter esprimere un consenso libero, revocabile e informato sul significato e sul possibile esito del processo riparativo, il riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato, la volontarietà degli accordi riparativi, il principio di confidenzialità.

In sintesi, dunque, la direttiva non obbliga gli Stati membri ad introdurre la RJ nel proprio ordinamento, bensì ad individuare condizioni e procedure per rendere effettivo il principio secondo cui tale processo riparativo sia realizzato nell'interesse primario della vittima<sup>30</sup>.

Questa deviazione di rotta rispetto alla decisione quadro del 2001, per certi versi anticipata dalla sentenza della Corte GUE, nel caso Gueye-Sanchez del 2011<sup>31</sup>, spinge a porsi la seguente questione: le condizioni introdotte dalla direttiva sono interpretabili come ragionevoli correttivi ai modelli di RJ, affinché questi possano armoniosamente congiungersi al sistema di giustizia penale e realizzare un'equilibrata *victim-centred justice*? O forse esse si pongono in sostanziale linea di continuità con le resistenze culturali alla diffusione della RJ e unitamente a queste comportano di fatto, alla stregua di Sisifo, un appesantimento procedurale carico di sospettosa sfiducia sulla schiena della RJ, tale da farla rotolare per azione del suo stesso peso eternamente indietro, in una nascosta nicchia del sistema di giustizia penale?

### **3. Ragionevole *Victim centred justice* o inevitabile condanna al destino di Sisifo?**

La soluzione a questo interrogativo può essere individuata tenendo in mente una pluralità di questioni problematiche. Alcune di esse riguardano più specificamente le sopramenzionate cautele vittimologiche introdotte dalla direttiva; altre hanno in realtà a che fare con alcuni aspetti fortemente dibattuti in tema di RJ: e cioè, l'individuazione degli obiettivi che le prassi di RJ si propongono di raggiungere; i rapporti con il sistema penale e le istituzioni penalistiche, che ruotano soprattutto intorno al dibattito sulla natura sanzionatoria o meno dei programmi di RJ e sulla loro relazione con le tradizionali funzioni della pena; il ruolo del legislatore nella tipizzazione degli spazi di intervento della RJ e dei suoi effetti nel sistema penale.

---

<sup>28</sup> Art. 12 della direttiva e *considerandum* 46.

<sup>29</sup> Art. 12, comma 1, lett. a) b), c), d), e).

<sup>30</sup> V. il documento della Commissione Europea, *Directorate Justice*, del dicembre 2013, il quale contiene disposizioni interpretative per la trasposizione e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE.

<sup>31</sup> Corte GUE, 15 settembre 2011, procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sanchez c. Spagna*. Per un'analisi della sentenza, v. R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 novembre 2011.

### 3.1. La formazione del mediatore, i criteri di rinvio e le procedure del programma riparativo nella direttiva 2012/29/UE

In effetti, una certa preoccupazione per un'eccessiva proceduralizzazione e istituzionalizzazione della RJ sembrerebbe sussistere là dove le indicazioni della direttiva siano interpretate in senso forte: e cioè qualora si ritenga di dover disciplinare in modo rigido e aprioristico (si potrebbe dire sotto la tirannia dei protocolli<sup>32</sup>) i criteri del rinvio dei casi all'ufficio di mediazione e il concreto modo di operare del mediatore/facilitatore. Un'eccessiva burocratizzazione tecnico-operativa, combinandosi con le richieste di istituzionalizzazione del servizio di RJ, determinerebbe forse il rischio di trasformare questa forma di giustizia de-formalizzata in un'agenzia istituzionale di controllo sociale, attenta più al rispetto delle regole del gioco che all'unicità e alle specificità delle esperienze personali dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda criminosa<sup>33</sup>. E a ben vedere, l'idea che la possibilità per il mediatore/facilitatore di evitare i pericoli di vittimizzazione interni ai processi di RJ debba passare per una inflessibile standardizzazione degli interventi, che contenga le modalità cautelative di protezione della vittima, sembra anche scontrarsi con ciò che emerge da alcuni rilevanti studi sull'apprendimento e sul più efficace modo di operare in ambito professionale. Intendo in particolare riferirmi agli studi di Donald Schon svolti sin dagli anni '80<sup>34</sup> dello scorso secolo sui differenti approcci al *problem solving* da parte dei professionisti di diverse discipline e alla distinzione tra i diversi paradigmi della *razionalità tecnica* e della *riflessione nell'azione*. Secondo queste ricerche, infatti, sembrerebbe che i professionisti esperti (a differenza dei principianti) risolvano i problemi che gli si presentano non tanto grazie ad un modello di razionalità tecnica (e cioè in base alla rigorosa applicazione del paradigma teorico, che nel nostro esempio sarebbe rappresentato dallo schema procedurale di salvaguardia della vittima), bensì attraverso la c.d. riflessività in azione: secondo cioè una conversazione riflessiva con la situazione in cui ci si trova, tale per cui il *practitioner* sia in grado di modificare la propria comprensione dei fatti e le azioni da intraprendere in risposta al *feedback* che sopraggiunge<sup>35</sup>.

Le cautele vittimologiche manifestate dalla direttiva, dunque, potrebbero tradursi in un rischioso effetto boomerang per la vittima nel percorso riparativo, qualora, in nome di rigide istanze protezionistiche, passasse l'idea di individuare in misura predeterminata e standardizzata le opportunità di intervento e le modalità operative delle procedure riparative.

In definitiva, più che l'aprioristica proceduralizzazione dei rischi di vittimizzazione (che sembrerebbe appunto in realtà determinare un appesantimento tecnico-burocratico sull'attività del mediatore/facilitatore), sarebbe invece preferibile considerare questi secondo coordinate generali di tipo orientativo, da accertare poi in concreto sulla base di

---

<sup>32</sup> Sugli aspetti problematici esistenti nel processo di *formalizzazione di un giustizia nata sotto la stella dell'informalità*, sin consenta ancora il rinvio a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 21 ss.

<sup>33</sup> In questo senso, già prima della direttiva, v. V. RUGGIERO, *An abolitionist view of restorative justice*, in *International Journal of Law, Crime and Justice*, 39, 2011, 109.

<sup>34</sup> D.A. SCHON, *The reflective Practitioner*, Basic Books, 1983, *passim*.

<sup>35</sup> Per un'applicazione del modello di Schon in un ambito scientifico-culturale "per natura" attento alla disamina dei traumi psichici, quale è la psicoanalisi, cfr., nella prospettiva di una visione dialogica dell'*iter* terapeutico, J. SAFRAN, *Psychoanalysis and Psychoanalytic Therapies*, American Psychological Association, 2012, trad. it., *Psicoanalisi e terapie psicomodinamiche*, Raffaello Cortina Editore, 2013, 49 ss.

un principio di verificabilità da attuare *in fieri*: partendo dai criteri generali fondati sulle massime di esperienza dell'attività di mediazione, sulle c.d. *best practices*, si dovrebbe cioè poter successivamente valutare se esistano esigenze specifiche, iniziali o sopravvenute durante il percorso riparativo, che richiedano di escludere la fattibilità del procedimento riparativo o di predisporre particolare cautele affinché la vittima possa realmente ottenere benefici dalla partecipazione; e a tal fine, sarebbe viepiù necessario poter esaminare in modo attento quale sia il *feedback* dei protagonisti del percorso riparativo circa la soddisfazione delle loro aspettative. Nulla escluderebbe, dunque, che l'individuazione di orientamenti generali, purché fondati sulle buone prassi, possa costituire una cornice di riferimento per l'operatore, da contestualizzare poi secondo il paradigma della *riflessività in azione* prima menzionato: ciò non equivarrebbe a sterilizzare le capacità umane del mediatore di "sentire" il conflitto e, se possibile, di creare le condizioni affinché questo sia suscettibile di trasformarsi in qualcosa di positivo per le parti; ma, al contrario, consentirebbe di ragionare in modo dinamico su quali possano essere le soluzioni più adeguate a garantire la soddisfazione degli interessi delle parti coinvolte e, in particolare, le aspettative riparative della vittima.

### **3.1.2. La c.d. soddisfazione della vittima negli schemi dinamici e flessibili**

D'altra parte, un modello di cautela così congeniato sembrerebbe porsi in ideale linea di continuità con i risultati delle principali ricerche empiriche sulla c.d. soddisfazione della vittima nei programmi di RJ.

Senza entrare nel dettaglio di tali indagini<sup>36</sup>, e al netto dei potenziali profili problematici sui metodi utilizzati nella loro realizzazione, se ne possono sinteticamente evidenziare i risultati nel modo seguente. Il grado di appagamento delle proprie aspettative sembrerebbe nel complesso comparativamente maggiore, sia in termini materiali sia in termini psico-emotivi, per le vittime che partecipano ai programmi di RJ rispetto a quelle che non vi prendono parte e seguano, per scelta o per impossibilità di scegliere, il tradizionale *iter* penalistico.

Più specificamente, poi, si è evidenziato che elementi come la gravità del reato non siano di per sé un ostacolo al raggiungimento di vantaggi personali; semmai, essi possono incidere indirettamente, insieme ad ulteriori fattori, come ad esempio l'età della vittima<sup>37</sup> oppure uno squilibrio di potere rispetto all'autore di reato, su una particolare difficoltà a determinarsi in modo autonomo durante il procedimento riparativo. In realtà, in questa tipologia di casi problematici, può essere talvolta preferibile escludere del tutto la possibilità di instaurare un procedimento di RJ; altre volte, invece, in base ad un'attenta ponderazione del caso concreto, e attraverso la predisposizione di specifici adattamenti alle procedure di mediazione penale (che ad esempio introducano più sicure modalità di ascolto, il coinvolgimento di ulteriori soggetti durante il procedimento, una verifica attenta delle esigenze che vanno via via emergendo durante il percorso riparativo), sembrerebbe che il percorso riparativo costituisca un meccanismo di rafforzamento della vittima<sup>38</sup>. Anche in casi di reati gravi che comportino traumi di particolare intensità,

---

<sup>36</sup> Per approfondimenti si rinvia a F. PARISI, *La restorative justice in cerca di identità*, cit., 22 ss.

<sup>37</sup> V. T. GAL – S. MOYAL, *Juvenile Victims in Restorative Justice. Findings from Reintegrative Shaming Experiments*, in *British Journal of Criminology*, 2011, vol. 51, 1014-1034.

<sup>38</sup> E' ciò che sembrerebbe emergere, ad esempio, dagli adeguamenti introdotti in alcune prassi di mediazione penale (c.d. *Gemischten Doppels*) sperimentate in Austria e in Germania nell'ambito delle

dunque, possono esistere utili spazi di confronto tra vittima e autore, allorché le caratteristiche personali dei soggetti lascino ad esempio presumere realistiche possibilità di correggere eventuali squilibri di potere; allo stesso modo, ma con opposti effetti, sebbene in astratto non vi siano particolari preoccupazioni di effettuare una mediazione tra autore minorenne e vittima adulta in reati di scarso disvalore, potrebbe però sussistere un pericolo di seconda vittimizzazione là dove la vittima divenga di fatto un mero strumento per realizzare il recupero trattamentale del reo e non confidi affatto nell'eventualità di ottenere un qualche beneficio personale durante il percorso riparativo.

Per concludere su questo punto, dunque, la predisposizione di orientamenti cautelativi nei meccanismi di rinvio, che tengano conto di possibili rischi di vittimizzazione durante il percorso di RJ e contemplino, secondo lo studio delle *best practices*, *aggravate prove di resistenza* nella verifica della condizione di fattibilità della mediazione e taluni adattamenti durante il procedimento riparativo, possono costituire un'importante risorsa per l'attuazione della RJ come *victim-centred justice*, purché esse non si traducano in una predeterminazione rigida e aprioristica delle modalità di gestione del conflitto da parte del mediatore/facilitatore.

### 3.2. Gli obiettivi della RJ a seconda del modello di riferimento

Un'attuazione della RJ come giustizia realmente attenta alle aspettative riparative dei soggetti coinvolti nel reato richiede anche di adottare una prospettiva critica nei confronti dei modelli operativi utilizzati.

Sul piano degli obiettivi che le prassi di RJ si propongono di raggiungere, non mancano alcuni elementi di ambiguità<sup>39</sup>. Di certo, tali obiettivi dipendono in gran parte dalla prospettiva teorica di riferimento, a seconda cioè che se ne privilegi l'anima deflativo-efficientista, quella abolizionista, umanistica, trattamentale, vittimo-centrica.

Ad ogni modo, la circostanza che negli ultimi documenti normativi menzionati la RJ sia tenuta in considerazione in seno alla più ampia normativa di tutela della vittima impone di attribuire un'attenzione considerevole agli interessi della persona offesa nell'individuazione dei fini dell'attività riparativa. Beninteso, ciò non equivale a sminuire l'importanza che il percorso riparativo possa avere anche per l'autore del reato; dimostrata, se non altro, dagli studi sull'impatto che la RJ sarebbe in grado di avere sulla riduzione del tasso di reiterazione del reato<sup>40</sup>, oltre che dalla circostanza che è ovviamente su tale soggetto che possono più apprezzarsi le ricadute della RJ nel sistema penale (potendone conseguire un'esclusione o un'attenuazione della responsabilità durante la fase procedimentale, o comunque un trattamento favorevole nella fase dell'esecuzione della pena). Serve però a rapportarsi criticamente con alcune delle prassi di mediazione attualmente applicate.

---

violenze di genere. Sul punto, cfr. F. VASQUEZ PORTOMEÑE, *Vorgehensweisen und Vermittlungsstandards zur Bearbeitung von TOA-Fällen bei häuslicher Gewalt in Deutschland und Österreich. Ein Modell für Europa?* In *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1/2014, 93 ss.

<sup>39</sup> A. VON HIRSCH – A. ASWORTH – C. SHEARING, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A "Making Amends" Model?*, in A. VON HIRSCH – J. ROBERTS – A. BOTTOMS – K. ROACH – M. SCHIFF, *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, 2003.

<sup>40</sup> Cfr., tra gli altri, J. LATIMER – C. DOWDEN – D. MUISE, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis*, in *The Prison Journal*, 2005, 85, 127 ss.; L. W. SHERMAN – H. STRANG, *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute, 2007; G. ROBINSON – J. SHAPLAND, *Reducing Recidivism: A task for Restorative Justice?* in *British Journal of Criminology*, 48, 337-358.

Di certo, un'attenta valutazione degli interessi della vittima nei percorsi di RJ dovrebbe spingere a prendere le distanze dai modelli di tipo strettamente negoziale-efficientista. Il c.d. *problem solving model*, che mira ad una rapida definizione conciliativa tra le parti e alla conseguente celebrazione dei notevoli risultati deflativi raggiunti, rischierebbe di condurre al successo di breve durata dell'attività di mediazione, ponendo la vittima di fronte ad un'affrettata scelta sulla decisione da assumere e sulla decodifica delle sue stesse emozioni ed aspettative, spesso ambivalenti<sup>41</sup>, che derivano dal reato. Un siffatto complessivo modo di operare, ovviamente, non sarebbe in alcun modo rispettoso dei parametri individuati dalla direttiva e delle cautele da essa previste.

E' vero però che, per altro verso, anche gli approcci "umanistici" (che ad esempio in Italia costituiscono il principale punto di riferimento per il lavoro dei mediatori penali sulla scia dell'impronta di Jacqueline Morineau<sup>42</sup>), qualora interpretati in un'accezione forte, potrebbero forse non sempre incontrare le esigenze della vittima: in questo caso, ciò avverrebbe non per una sottovalutazione pragmatico-efficientista delle sue ansie, ma perché il *focus* sembra orientato più sull'esigenza di pacificazione e di trasformazione del conflitto che sulle aspettative personali così come esse sono direttamente rappresentate dalle parti<sup>43</sup>.

Un esempio potrebbe forse chiarire il significato di quanto sto adesso dicendo. In occasione di un *workshop*<sup>44</sup> sulla mediazione penale a cui ho avuto modo di partecipare, un mediatore penale belga riportava un caso di mediazione su cui aveva lavorato. X, guidando ad alta velocità e palesemente ubriaco, investe ed uccide Y. In seguito ad un incontro con l'ufficio di mediazione, Z, padre di Y, non manifesta altra volontà se non quella di sfogare le proprie emozioni negative contro X. L'autore del reato accetta liberamente di incontrare, in presenza del terzo mediatore, il padre della vittima, il quale pur nella drammaticità dei fatti riesce a trovare all'esito dell'incontro un certo grado di sollievo. Di fronte alla domanda se in un caso del genere i mediatori presenti avessero scelto di iniziare un percorso di mediazione, la maggioranza rispose negativamente, in quanto non vi erano i presupposti affinché il conflitto potesse trasformarsi in qualcosa di positivo. Ora, non è detto che qualsiasi mediatore formato al c.d. modello umanistico sarebbe comunque giunto alla medesima decisione, e non vi sono di certo raccomandazioni stereotipate da poter suggerire in casi analoghi a questo. Si potrebbe anche pensare che l'ordinamento non possa prestarsi a forme *lato sensu* vendicative o esporre l'autore del reato ad una gogna stigmatizzante. Ad ogni modo, ciò che credo possa costituire uno spunto di riflessione è che l'interesse della vittima ad entrare nella c.d.

---

<sup>41</sup> v. G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. PALAZZO – R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze University Press, 2011, 97 ss.

<sup>42</sup> Cfr. J. MORINEAU, *L'esprit de la Mediation*, Erès, 1998, trad.it., *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

<sup>43</sup> Per alcuni rilievi critici sull'accoglimento del modello umanistico di mediazione à la Morineau utilizzato in Italia, v. A. MESTITZ, *Perché la mediazione penale stenta a decollare?* in *Minori Giustizia*, 3/2007, 121-143. In senso affine, Costantino Visconti rileva come la strada per far uscire la mediazione penale da una "perenne sperimentazione" passi anche per l'accoglimento di un modello di "mediazione light", "meno gravato o condizionato da opzioni etico-filosofiche e politico-ideologiche, e più orientato al conseguimento del risultato": C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile*, cit., 45 ss.

<sup>44</sup> In particolare, mi riferisco ad un *workshop* tenutosi presso la facoltà di scienze politiche dell'Università di Palermo, in data 29 ottobre 2011, nell'ambito di un corso di alta specializzazione per mediatori penali organizzato dal dipartimento DEMS.

stanza della mediazione possa anche prescindere da ciò che viene definita la “trasformazione del conflitto” o dal fine della pacificazione sociale. Forse, il conflitto a volte va semplicemente accettato senza poterlo trasformare, e ciò non impedisce la possibilità che, pur nella sua immanenza, si aprano spazi utili perché la vittima possa (anche solo utilitaristicamente) ottenere in un contesto sicuro per entrambe le parti una qualche forma di riparazione dal confronto con l’autore del reato.

### 3.2.1 Tra conflitto e giustizia: una recente questione (non solo) terminologica

In termini di sostanziale affinità con il tema dei modelli applicativi e degli obiettivi riparativi poc’anzi affrontato, mi sembra che si ponga una recente provocazione di Nils Christie sull’uso dell’espressione “*restorative justice*”; e cioè di un autore che, con i suoi precursori studi<sup>45</sup> di matrice abolizionistica sulla c.d. espropriazione del conflitto da parte delle istituzioni penalistiche ai soggetti in esso coinvolti, ha costituito un importante punto di riferimento per gli studi sulla RJ in Europa. Nel suo recente articolo dal titolo paradigmatico “*Words on words*”<sup>46</sup>, non a caso in apertura dei lavori di una rivista internazionale recentemente lanciata sullo specifico tema della RJ<sup>47</sup>, il criminologo norvegese, infatti, considera l’utilizzo del termine “*restorative justice*” (effettivamente da lui mai proposto) come un’espressione in realtà eccessivamente contigua al sistema penale: ne seguirebbe cioè le stesse logiche dicotomiche e indurrebbe gli operatori a seguire gli stessi (errati) paradigmi di riferimento delle istituzioni penalistiche; ed è forse proprio per questa sua innocua natura, che non contesta *ab origine* il modo di considerare i conflitti tra gli individui, che essa andrebbe riscuotendo un successo crescente. Per utilizzare una terminologia meno fuorviante, dunque, e per distaccarsi realmente dalla *ratio* e dagli inconvenienti sistemici della giustizia penale, sarebbe preferibile concentrarsi sul termine “*conflitto*” ed esplicitare che si “lavora con i conflitti e in organizzazioni che hanno a che fare con i conflitti”.

Nello scritto di Christie è evidente la portata provocatrice della sua proposta; ma credo che, anche in questo caso, essa stia a segnalare la necessità di effettuare una scelta di campo sulla RJ: i) ritenere che questa sia qualcosa di profondamente diverso, magari anche di meglio del sistema penale, un paradigma ad esso incompatibile ed estraneo, che ne contesti alla radice le funzioni, in quanto fondato non sulle nozioni di reato e di pena bensì di quelle di “conflitto” e di “gestione del conflitto”; ii) oppure ritenere, al contrario, che la RJ non sia in realtà inconciliabile con l’attuale sistema penale e con gli obiettivi da questo perseguiti, ma che possa invece contribuire vivacemente ad integrarne le funzioni, in una prospettiva più vicina alle esigenze dei soggetti direttamente interessati dal reato.

### 3.3. Sistema penale e RJ come paradigmi conciliabili

In realtà, accanto ad un approccio purista alla RJ, esiste ormai un orientamento che ritiene non incommensurabili i due paradigmi, e lo stesso Howard Zehr, che inizialmente aveva prevalentemente affrontato il tema della RJ secondo l’idea di un necessario “cambio di lenti”<sup>48</sup> nell’osservazione del sistema penale per invertire la rotta della

---

<sup>45</sup> N. CHRISTIE, *loc. cit.*

<sup>46</sup> N. CHRISTIE, *Words on words*, in *Restorative Justice: An International Journal*, 2013, 15 ss.

<sup>47</sup> V. *supra*, nota n. 19.

<sup>48</sup> H. ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, 1990.

prospettiva retributiva, in più recenti lavori<sup>49</sup> sembra invece propendere per una possibile visione integrata tra la dimensione retributiva e quella riparativa.

Eppure, tra le resistenze che tuttora esistono per la diffusione della RJ, oltre alle preoccupazione vittimo-centriche sopra citate, vi è l'idea che la RJ costituisca di fatto una forma *soft* e privatizzata di giustizia penale e che, in quanto tale, non riesca a garantire non solo le esigenze di retribuzione, ma neanche le funzioni preventive della pena: servendosi della RJ, cioè, l'ordinamento rinuncerebbe all'esigenza di mandare un messaggio chiaro alla collettività sul disvalore di certe condotte, e lo stesso potrebbe dirsi in relazione all'autore del reato, in quanto la ritenuta mitezza del programma riparativo potrebbe ingenerare la convinzione che il proprio comportamento non sia poi così grave, con effetti tanto più indesiderabili quanto più si tratti di reati di medio-alto disvalore penale.

A ben vedere, siffatta prospettiva potrebbe però assumere connotazioni diverse ove invece si considerasse che il percorso di RJ non è esente da elementi di afflittività e di retribuzione, e che la sua applicazione è in realtà dotata anche di potenzialità comunicativo-preventive<sup>50</sup> proiettabili all'esterno, sia nei confronti della vittima sia della collettività.

Detto in altro modo, sebbene il percorso di RJ non miri direttamente ad infliggere una sofferenza, esso contempla elementi di sofferenza<sup>51</sup>, quali la necessità di doversi confrontare con la vittima, di doverne ascoltare i traumi e le aspettative riparative; e d'altra parte, l'accordo riparativo è di per sé gravoso, se si attribuisce un reale peso alle scuse e all'attività esecutiva dell'accordo. Questo tipo di sofferenza, questa forma di gravosità, costituiscono parte integrante e non un mero effetto collaterale del processo riparativo. Certo, potrebbe anche ritenersi che la natura di pena mal si concili con il suo carattere volontario, con la circostanza che l'attività riparativa è auto-imposta dall'*offender* per il suo reato e non viene inoltre direttamente irrogata da un'autorità giurisdizionale. Ma in un senso contrario sembrano spingere le seguenti considerazioni: i) si tratta comunque di una volontà fortemente condizionata dalla presenza incombente della spada di Damocle costituita dalla "pena ordinaria", tanto da indurre a chiedersi se in realtà, sotto questo profilo, non si tratti di una finzione di volontà<sup>52</sup>; ii) una pena che l'autore accetti di scontare non cessa di essere per ciò solo una pena, a meno di non volersi attenere al pregiudizio penalistico secondo cui la sanzione criminale è necessariamente subita e non agita<sup>53</sup>; iii) inoltre, la riparazione non è autonomamente determinata dalla vittima o dall'autore, ma è comunque "organizzata" nel suo concreto dispiegarsi da un mediatore, vale a dire da un soggetto autorizzato dalla legge.

In altri termini, se la pena è nella sua essenza "qualcosa di *doloroso* o *gravoso* imposto ad un autore di reato da parte di qualcuno che ha l'autorità per farlo ed è finalizzato a

---

<sup>49</sup> ID., *The little book of restorative justice*, Good Books, 2002.

<sup>50</sup> Si fa soprattutto riferimento alla teoria della pena come atto comunicativo di Antony Duff: v. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, 2001.

<sup>51</sup> *Ivi*, 96 ss.

<sup>52</sup> V. GERAETS, *Fictions of Restorative Justice*, in *Criminal Law and Philosophy*, maggio 2014, 1 ss.

<sup>53</sup> Cr. M. DONINI, *Il delitto riparato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), maggio 2015, 4. Secondo l'Autore, "appena si supera il *bias* penalistico della sanzione criminale subita e non agita, nulla impedisce di vedere nella riparazione dell'offesa e nella ricostruzione del rapporto con il soggetto passivo addirittura una premessa, una base epistemologica della pena criminale e quindi una modalità per dar corso alla sanzione penale": *ivi*, p. 12. Per più ampie argomentazioni sul punto, ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

comunicare una censura del comportamento realizzato”<sup>54</sup>, non vi sono motivi per escludere che il percorso di RJ possa essere inteso come un processo *doloroso* o *gravoso* sia nella sua procedura sia nel suo risultato. Attraverso il processo comunicativo, infatti, la mediazione esprime una censura per il comportamento dell’autore (pur se di carattere *reintegrativo* anziché meramente stigmatizzante, secondo la nota prospettiva di Braithwaite della c.d. “*reintegrative shaming*”<sup>55</sup>), al quale retributivamente si cerca di imporre la sofferenza (la riparazione) che merita per il reato; e ciò con l’importante differenza che tale valutazione non viene compiuta dal giudice secondo i parametri commisurativi della pena stabiliti dal legislatore, bensì alla luce delle concrete conseguenze dannose subite dalla vittima.

Dunque, nonostante le differenze che ovviamente esistono tra pena in senso stretto e percorso di RJ, quest’ultimo, una volta emancipatosi dalle sue rappresentazioni eccessivamente mitiganti di “giustizia *soft*”, non va visto come una radicale alternativa alla pena, ma come una forma alternativa di pena<sup>56</sup>. In quest’ottica, la RJ non si ridurrebbe ad una forma di mera privatizzazione del conflitto, mantenendo al contrario la capacità di inviare un messaggio sia deterrente sia orientativo alla collettività. Peraltro, anche sotto il profilo della prevenzione speciale, l’autore di reato è dissuaso dalla reiterazione del comportamento attraverso l’esplicito riconoscimento di quanto realizzato e il conseguente impegno che assume con il programma riparativo; vale a dire, attraverso un atto comunicativo (uno “*sprechakt*”<sup>57</sup>) che è rivolto alla vittima e alla comunità.

### 3.4. L’esigenza di una scelta chiara e non nevrotica del legislatore

Abbiamo quindi immaginato l’idea di una RJ capace di rapportarsi in modo dinamico con le cautele vittimologiche richieste dalla direttiva sulla protezione della vittima, di districarsi tra i diversi modelli teorico-applicativi alla ricerca dell’effettivo soddisfacimento delle aspettative riparative delle parti coinvolte e di porsi secondo una logica integrativa, anziché sostitutiva, rispetto alla natura e alle funzioni del sistema penale. L’individuazione di questi confini non nasce da una necessità accomodante di trovarle comunque un “posto riservato”, per farla uscire da una dimensione di nicchia o di ineffettività; ma dalla convinzione circa le sue potenzialità di apportare un importante contributo per orientare il sistema penale verso una più attenta considerazione delle specifiche esigenze di chi è direttamente colpito dal reato o che di questo ne è l’autore.

A nulla ciò vale, però, in mancanza di un esplicito atto di riconoscimento della RJ da parte del legislatore, che si caratterizzi per chiarezza e decisione. Non credo<sup>58</sup> procedano convintamente in questa direzione i recenti interventi normativi sulla messa alla prova

---

<sup>54</sup> A. DUFF, *Op cit.*, 97,

<sup>55</sup> J. BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989.

<sup>56</sup> A. DUFF, *Ibidem*.

<sup>57</sup> Sulle capacità della sentenza penale di fungere da atto comunicativo (*Sprechakt*) tra sistema giuridico e sistema sociale, rivolto dunque non solo alla collettività ma anche alla vittima “concreta”, cfr. R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Duncker & Humblot, 2009, 64 ss; con particolare riferimento al “contesto comunicativo” nella mediazione penale, *ivi*, 207 ss. Per un’applicazione della teoria dello *sprechakt* nell’ambito di un’analisi sul potenziale ruolo della vittima in una prospettiva specialpreventiva, v. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del vento, 2012, 89 ss.

<sup>58</sup> Cfr. invece F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 64; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Cacucci Editore, 2015, 238 ss.

(art. 168 *bis* ss. c.p.)<sup>59</sup> e sulla tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.)<sup>60</sup>, né tantomeno il recente disegno di legge del governo che propone di introdurre l'art. 162 *ter* c.p. (estinzione del reato per condotta riparatoria)<sup>61</sup>: pur ammettendosi nuovi spazi applicativi per eseguire percorsi di RJ in base a tali strumenti normativi, non sembra però che le intenzioni del legislatore siano in realtà quelle di introdurre sotto mentite spoglie una rivoluzione copernicana che si proponga di promuovere la giustizia riparativa o (semplicemente) di individuarne una disciplina minima. Altri e di diverso tipo appaiono gli interessi sottesi alle recenti modifiche normative<sup>62</sup>. Insomma, a meno di pensare che il nostro legislatore sia in preda ad una forma di nevrosi ossessiva, e cioè ad un'irrefrenabile coazione a compiere atti indesiderati, non si capisce perché esso, pur consapevole della direttiva sulla tutela della vittima che definisce cosa debba intendersi per RJ e individua le condizioni necessarie per introdurne le prassi, se davvero desidera aprire il nostro sistema a questa forma di giustizia non debba farlo espressamente, anziché menzionarla *en passant* e sempre in funzione complementare ad altre attività riparatorie, restitutive, risarcitorie e/o ai lavori di pubblica utilità<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. D. CERTOSINO, *Ivi*, 207 ss.

<sup>60</sup> *Ivi*, 254 ss.

<sup>61</sup> DDL C. 2798, recante “modifiche alla normativa penale, sostanziale e processuale, e ordinamentale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena”.

L'art. 1 del DDL prevede di inserire, dopo l'articolo 162-*bis* del codice penale, il seguente articolo 162 *ter* (Estinzione del reato per condotte riparatorie): “nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al comma precedente, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore ad un anno, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso, il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito, imponendo, se necessario, specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito delle condotte riparatorie”.

Il novero dei reati suscettibili di estinzione per condotta riparativa, peraltro, si estenderebbe anche ad alcune fattispecie procedibili d'ufficio. L'art. 2 del DDL, infatti, introduce altresì l'art. 649 *bis* c.p. (Estinzione del reato per condotte riparatorie), a tenore del quale “si osservano le disposizioni dell'articolo 162-*ter* anche per i seguenti delitti procedibili d'ufficio: a) delitto previsto dall'art. 624 aggravato da una delle circostanze di cui alle lettere 2, 4, 6 e 8-*bis* dell'art.625; b) delitto previsto dall'art. 636; c) delitto previsto dall'art. 638”.

<sup>62</sup> Sulla logica prevalentemente deflativa della messa alla prova per adulti, v. G. MANNOZZI, *Il legno «storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 781 ss.

<sup>63</sup> Il timido richiamo alla mediazione penale, che compare nella lettera c) del comma 4 dell'art. 464 *bis* c.p.p. (laddove si prevede che il programma di trattamento di messa alla prova contempli tra l'altro “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa”), sembra infatti “evaporare” nel complessivo atteggiamento reocentrico del legislatore: oltre alla circostanza che la concessione della messa alla prova è, tra l'altro, subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità (elemento questo che contribuisce peraltro a rendere la misura poco appetibile nello spazio e nelle logiche dell'intero sistema penale: v. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 670; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013,

In conclusione, un'appendice finale rispetto al richiamo al mito di Sisifo in questo intervento. L'accostamento dei temi della RJ al mito di Sisifo non è una novità. Già Lode Walgrave<sup>64</sup>, per rispondere alla sopra menzionata critica provocatoria di Christie, vi ha infatti rinviato per descrivere come nella sua salita verso l'irraggiungibile cima della montagna, in cui si troverebbe l'ideale di una comunità costituita da cittadini che accettino i conflitti secondo il principio del mutuo rispetto, la RJ possa comunque costituire un elemento capace di avvicinarci alla cima.

Ma ciò che intendo sottolineare in questo scritto è che se il destino di Sisifo è inevitabile non lo era invece in principio la sua condanna. In altri termini, nella diversa prospettiva qui accolta si presuppone che non sia possibile comprendere cosa vi sia in realtà in cima alla montagna. Si tratta invece di scegliere, con un atto di volontà, fra le seguenti opzioni: o condannare la RJ, alla stregua di Sisifo, a perenni salite e inevitabili discese, caricandola del peso congiunto rappresentato dalle prove di resistenza vittimocentrica intese in senso tecnico-burocratico, dall'obiettivo irraggiungibile della trasformazione dei conflitti nella prospettiva di una pacificazione sociale, dalla fuorviante minimizzazione del suo carico di afflittività; oppure, al contrario, vitalizzarne le potenzialità come forma di giustizia vicina alle esigenze degli individui, e ritenere che essa possa fornire un contributo, quando possibile, per umanizzare le sembianze del sistema penale. Nell'idea di RJ qui presentata si sceglie di aderire a questa seconda opzione.

---

1300 ss.), è infatti significativo che la mediazione si riduca a costituire una porzione (ovviamente eventuale) del "programma di trattamento" dell'imputato redatto d'intesa con l'UEPE.

Per quanto riguarda la recente normativa sulla tenuità del fatto, il D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (che introduce disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera *m*), della legge 28 aprile 2014, n. 67) non fa in alcun modo riferimento a strumenti di giustizia riparativa: non potrebbero escludersi incontri autore-vittima ai sensi del nuovo art. 411, comma 1 *bis* c.p.p., che impone al pubblico ministero di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto; ma la circostanza che il legislatore abbia ragionevolmente deciso di non estromettere la vittima e di aprire una fase interlocutoria con la stessa non può essere letta alla stregua di un'implicita volontà di instaurare in quella sede percorsi di giustizia riparativa.

Anche sul piano dell'esecuzione della pena, assume contorni piuttosto sfumati nell'ottica della giustizia riparativa l'introduzione del nuovo comma 4 *ter* dell'art. 21, L. Ord. Pen. (aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. *a*) del D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 94): nell'ambito della modalità trattamentale del lavoro esterno, si prevede infatti, senza ulteriori riferimenti, che "i detenuti e gli internati possono essere inoltre assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi". Inoltre, sarà necessario comprendere come possa tradursi effettivamente in un'applicazione della RJ il criterio direttivo attualmente contenuto nell'art. 26 lett. *d*) del disegno di legge delega C. 2798 sopra citato, che rivolge al legislatore delegato l'invito ad apportare modifiche all'ordinamento penitenziario mediante la "previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative".

<sup>64</sup> L. WALGRAVE, *Words on "Words on words"*, in *Restorative Justice: An International Journal*, 1/2013, 77 ss.

# VITTIMA E DECRETO PENALE

*Emanuela Strina*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La sentenza 27 febbraio 2015 n. 23 della Corte Costituzionale. – 3. La prospettiva della difesa della vittima. – 4. Le scelte difensive a favore della vittima. – 5. L'illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1 c.p.p. e la Direttiva 2012/29/UE.

## 1. Premessa

Questo intervento esprime il punto di vista dell' "avvocato", che è più "dinamico" (o "operativo") rispetto ai precedenti, in quanto proprio di chi assiste e difende la vittima nei casi concreti che si presentano nella vita professionale.

In questa prospettiva, si tratta dunque l'argomento della relazione, che prende spunto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 23 del 2015, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 459, comma 1, c.p.p., «*nella parte in cui, in caso di reati perseguibili a querela, prevede la facoltà del querelante di opporsi alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna*».

## 2. La sentenza 27 febbraio 2015 n. 23 della Corte Costituzionale

La questione era stata posta dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Avezzano con riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione. La Corte l'ha ritenuta fondata facendo una lunga premessa sul procedimento per decreto, che è stato inteso quale «*rito premiale che risponde ad evidenti esigenze deflattive*» fin dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in cui esso è definito uno «*strumento privilegiato di definizione anticipata*» del procedimento, tale da consentire «*il maggior risparmio di risorse e la maggiore semplificazione*».

Nella sentenza vengono infatti ricordate quali siano le caratteristiche del procedimento per decreto e i benefici premiali ad esso connessi.

A questo proposito la Corte evidenzia che nella versione originaria, prima della modifica avvenuta nel 1999, il procedimento per decreto era riservato ai soli reati perseguibili d'ufficio, mentre l'art. 37, comma 1, della l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha esteso il rito ai reati perseguibili a querela «*se questa è validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi*». Nella sentenza si sottolinea che, sin dal suo ingresso nell'ordinamento, questa norma è stata oggetto di forti critiche «*per i suoi tratti di assoluta eccentricità*», poiché nel disciplinare altri casi in cui è data facoltà di opposizione<sup>1</sup> il legislatore ha riconosciuto tale facoltà alla persona offesa, e non al querelante.

Gli argomenti richiamati nella lunga premessa introducono quello su cui si incentra la motivazione, e cioè che «*la norma censurata non trova una valida*

---

<sup>1</sup> La Corte cita l'opposizione all'archiviazione ex art. 409 c.p.p. e l'opposizione alla pronuncia di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto ex art. 34, comma 3, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza penale del giudice di pace.

*giustificazione né con riferimento alla posizione processuale della persona offesa, né con riguardo a quella del querelante».*

Sostiene infatti la Corte che nel processo penale la persona offesa è portatrice di un duplice interesse, quello al risarcimento del danno e quello dell'affermazione della responsabilità penale.

Riferendosi al primo, nella sentenza si sottolinea che *«l'assetto generale del nuovo processo penale è ispirato all'idea di separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente, nel disegno del codice, l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione dei processi rispetto all'interesse del soggetto danneggiato, nell'ambito del processo penale, di avvalersi del processo medesimo ai fini del riconoscimento delle sue pretese di natura civilistica».*

La Corte cita al riguardo la propria ordinanza 16 aprile 1999 n. 124 emessa in relazione al decreto penale di condanna *ante* riforma, con cui era stata ritenuta infondata la richiesta di un pronunciamento teso a escludere l'ammissibilità del ricorso allo speciale procedimento di cui al Titolo V del Libro VI del codice di procedura penale nel caso in cui la persona offesa dal reato avesse manifestato, prima dell'esercizio dell'azione penale, l'intenzione di costituirsi parte civile.

Nella citata ordinanza, la Corte ribadiva che *«l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto ad agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile, traendone la conclusione che ogni “separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale”, essendo affidata al legislatore la scelta della configurazione della tutela medesima, in vista delle esigenze proprie del processo penale».*

Detto ciò, la Corte osserva che la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale da parte del querelante mediante l'opposizione alla definizione del procedimento con il decreto penale di condanna *«è del tutto incoerente con la mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione»* nella disciplina del “patteggiamento”. Ne consegue che la diversità di disciplina tra il procedimento per decreto e quello relativo all'applicazione della pena su richiesta delle parti *«non trova una ragionevole giustificazione nell'interesse alla costituzione di parte civile della persona offesa/querelante».*

Secondo la Corte, la possibilità di opporsi alla definizione del procedimento con decreto non trova adeguata giustificazione neppure in relazione all'interesse della persona offesa all'accertamento della responsabilità penale dell'autore del reato. E ciò perché la persona offesa può partecipare al procedimento penale, anche a prescindere dalla costituzione di parte civile, potendo presentare memorie e indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento, con esclusione del giudizio di cassazione (art. 90 c.p.p.).

In conclusione, il querelante, quale persona offesa dal reato, non ha alcun interesse meritevole di tutela che giustifichi la facoltà di opporsi a che si proceda con il rito semplificato, fermo restando che qualora l'imputato proponga opposizione, è rimesso nei pieni poteri della persona offesa per le successive fasi del giudizio.

La Corte considera poi l'ipotesi che il querelante in quanto tale abbia un interesse specifico, distinto da quello della persona offesa dal reato, a che il procedimento non si concluda con il decreto penale di condanna, essendo prevista la possibilità di rimettere

la querela. Ma anche sotto questo aspetto, l'interesse «non è idoneo a fornire una ratio adeguata alla norma censurata che rimane intrinsecamente contraddittoria rispetto alla mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione alla definizione del processo mediante l'applicazione della pena su richiesta delle parti e reca una rilevante menomazione al principio di ragionevole durata del processo». Infatti, la «facoltà di opposizione del querelante /.../ determina un ingiustificato allungamento dei tempi del processo e, soprattutto, ostacola la realizzazione dell'effetto deflattivo legato ai riti speciali di tipo premiale che, nelle intenzioni del legislatore, assume una particolare importanza per assicurare il funzionamento del processo 'accusatorio' adottato con la riforma del codice di procedura penale.».

In definitiva, la previsione di cui all'art. 459, comma 1, c.p.p. cagiona una lesione del principio della ragionevole durata del processo, che non è giustificata dalle esigenze di tutela del querelante o della persona offesa, le quali, secondo quanto rilevato nella sentenza in esame, debbono intendersi congruamente garantite.

Secondo la Corte, la facoltà di cui all'art. 459, comma 1, c.p.p. si pone dunque in violazione del canone di ragionevolezza e del principio di ragionevole durata del processo, costituendo un bilanciamento degli interessi in gioco non giustificabile neppure alla luce dell'ampia discrezionalità che la giurisprudenza della stessa Corte ha riconosciuto al legislatore nella conformazione degli istituti processuali.

In conclusione, una volta che la legge n. 479 del 1999 ha ampliato il campo dei reati per i quali è possibile definire il procedimento con il decreto penale di condanna, comprendendo anche i reati perseguibili a querela al dichiarato scopo di favorire sempre più il ricorso ai riti alternativi di tipo premiale, «/.../ l'attribuzione di una mera facoltà al querelante consistente nell'opposizione alla definizione del procedimento mediante decreto penale di condanna, introduce un evidente elemento di irrazionalità.».

E questo perché:

«a) distingue irragionevolmente la posizione del querelante rispetto a quella della persona offesa dal reato per i reati perseguibili d'ufficio;  
b) non corrisponde ad alcun interesse meritevole di tutela del querelante stesso;  
c) reca un significativo vulnus all'esigenza di rapida definizione del processo;  
d) si pone in contrasto sistematico con le esigenze di deflazione proprie dei riti alternativi premiali; e) è intrinsecamente contraddittoria rispetto alla mancata previsione di una analoga facoltà di opposizione alla definizione del processo mediante l'applicazione della pena su richiesta delle parti, in quanto tale rito speciale può essere una modalità di definizione del giudizio nonostante l'esercizio, da parte del querelante, del suo potere interdittivo.».

### **3. La prospettiva della difesa della vittima**

Sin qui, seppure a grandi linee, si sono espone le argomentazioni sottese alla decisione della Corte, che mira innanzitutto a salvaguardare l'effetto fortemente deflattivo del ricorso ai riti alternativi di tipo premiale.

Quelle stesse argomentazioni offrono tuttavia più di uno spunto di riflessione critica nella prospettiva della difesa della vittima.

Se è vero infatti che l'attuale sistema predilige l'esigenza di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del danneggiato di avvalersi del medesimo processo ai fini del riconoscimento delle sue pretese di natura civilistica, è altrettanto

vero che secondo l'art. 75 c.p.p. la persona offesa/danneggiata dal reato può scegliere se esercitare l'azione di risarcimento del danno nel processo penale piuttosto che in quello civile. Ma se questa facoltà è data, ne deriva, o ne dovrebbe derivare, che la scelta riguardo alla sede in cui far valere la pretesa risarcitoria deve, o dovrebbe, poter essere effettuata consapevolmente, cioè dopo che la persona offesa/danneggiata dal reato è stata posta in condizione di conoscere quale sia la sorte del procedimento penale nel cui ambito sono contestate le condotte che hanno causato il danno di cui intende chiedere il ristoro, e quali siano le eventuali scelte di rito alternativo dell'imputato.

Nel procedimento per decreto, però, quanto meno *de jure condito*, non v'è possibilità di scegliere "a ragion veduta" se svolgere l'azione risarcitoria davanti al giudice penale o a quello civile. Perché il nostro ordinamento non contempla la notificazione alla persona offesa del decreto penale di condanna<sup>2</sup>, di cui è previsto soltanto che sia «*data comunicazione al querelante*» (art. 459, comma 4, c.p.p.) senza tuttavia che sia stabilita alcuna verifica al riguardo e tanto meno una sanzione in caso di omissione.

Ciò significa che la «*comunicazione*» del decreto penale (che rappresenta comunque incombente non da poco per il personale di cancelleria), è rimessa all'iniziativa dei singoli magistrati, e non consta, nei fatti, che essa costituisca la prassi.

Ma ancora.

Il decreto di citazione a giudizio emesso a seguito di opposizione a decreto penale non contiene normalmente l'indicazione della persona offesa e nemmeno le viene notificato. La citazione della persona offesa è infatti generalmente rimessa al giudice che esegue il controllo della «*regolare costituzione delle parti*» (artt. 420 e 484 c.p.p. e 143 disp. att. c.p.p.) e che potrà eventualmente sopperire alla mancata notificazione alla persona offesa solo se questa risulti essere stata in precedenza identificata.

Si consideri ora l'ipotesi presa in considerazione dalla Corte Costituzionale, in cui l'imputato avanzi la richiesta di "patteggiamento" e ottenga il consenso del pubblico ministero. In questo caso, è certamente vero che il querelante/persona offesa, anche se costituito parte civile, non ha alcun potere interdittivo del rito e potrà indirizzare la pretesa risarcitoria soltanto nella sede propria; ma è altrettanto vero che lo stesso querelante è stato messo in condizioni di conoscere la scelta di rito effettuata dall'imputato, mediante la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (art. 419 c.p.p.) o del decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.).

Riflettendo su questo punto, risulta chiaro che la previsione della facoltà per il querelante di opporsi all'emissione del decreto penale (ora censurata dalla Corte) teneva conto dell'interesse che ha la persona offesa dal reato perseguibile a querela in relazione all'esercizio dell'azione penale, in modo da operare consapevolmente la propria scelta circa la sede in cui svolgere l'azione risarcitoria. E si spiegava anche l'innovazione di cui all'art. 37, comma 1, della l. n. 479/1999, considerato che l'interesse del querelante per l'esercizio dell'azione penale è più immediatamente "tangibile" rispetto a quello della persona offesa dal reato perseguibile d'ufficio, che non è sempre (o comunque non è necessariamente) colei che ha presentato o trasmesso la notizia di reato.

La possibilità di scegliere consapevolmente la sede di esercizio dell'azione risarcitoria dava inoltre ragione dell'affermazione ripresa da Corte cost. ordinanza 16 aprile 1999 n. 124, citata nella sentenza n. 23 del 2015 della stessa Corte, secondo la

---

<sup>2</sup> L'art. 460, comma 3, c.p.p. non indica infatti la persona offesa fra i destinatari della notifica del decreto penale di condanna.

quale «l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto ad agire in giudizio», poiché infatti «resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile /.../».

L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 23 del 2015 ha indubbiamente privilegiato l'esigenza deflattiva, ma si rivela un'occasione mancata di mettere in luce la posizione che ha nel procedimento per decreto il querelante/persona offesa dal reato perseguibile a querela, rispetto alla possibilità di venire a conoscenza dell'esercizio dell'azione penale, e quindi di scegliere "a ragion veduta" in quale sede promuovere l'azione di risarcimento del danno.

#### **4. Le scelte difensive a favore della vittima**

E' indubbio che le vittime di reato risultino penalizzate dalla pronuncia della Corte.

Chi le difende - e quindi prima di tutto l' avvocato - dovrà tenerne conto.

Molto dipenderà indubbiamente da *come* si orienteranno in concreto le procure e i giudici per le indagini preliminari, ma si consideri che poiché non ha sanzione la violazione del termine di sei mesi previsto dallo stesso art. 459, comma 1, c.p.p. per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, è prevedibile che non saranno molte le esitazioni a utilizzare il decreto penale a fronte della possibilità di definire rapidamente un più elevato numero di procedimenti.

A mero titolo di esempio, si pensi alle vicende che coinvolgono i reati contro il patrimonio (in particolare, truffa e appropriazione indebita), per i quali il difensore della vittima inseriva sistematicamente nella querela la dichiarazione di opposizione a' sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p.: a seguito della pronuncia della Corte potrebbe essere più semplice definire questi procedimenti con l'emissione di un decreto penale, piuttosto che – come frequentemente avviene – con la richiesta di archiviazione «*in considerazione degli interessi meramente civilistici coinvolti*», tenuto conto della facoltà di opposizione di cui all'art. 408, comma 3, c.p.p. e degli incombenti procedurali che ne derivano (provvedimenti del GIP, udienza camerale, notifiche relative).

Non sarà in ogni caso per nulla scontato trovarsi in condizioni di poter scegliere "a ragion veduta" se promuovere l'azione risarcitoria in sede civile o in sede penale, perché sarà prima di tutto più difficile essere tempestivamente informati sull'esercizio dell'azione penale: non essendo destinatari della notifica del decreto penale, si dovrà necessariamente ricorrere alla periodica richiesta di notizie, spesso non aggiornate, sullo "stato del procedimento".

Posto che la sentenza n. 23 della Corte Costituzionale preclude la possibilità di limitarsi a dichiarare l'opposizione a'sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p., si dovrà evidenziare e valorizzare nella querela l'interesse del querelante/persona offesa a conoscere dell'eventuale definizione del procedimento a mezzo di decreto penale di condanna, chiedendo, se del caso, di ricevere la comunicazione di cui all'art. 459, comma 4, c.p.p., tenendo però presente (e di ciò informando il querelante-assistito) che la richiesta potrebbe non avere seguito, giacché *de jure condito* la comunicazione non è prevista come obbligatoria.

Un intervento "minimo" del legislatore sul punto potrebbe consistere nel rendere obbligatoria la notifica del decreto penale alla persona offesa che ne faccia richiesta, sulla

falsariga di quanto previsto all'art. 408, comma 2, c.p.p. in relazione alla richiesta di archiviazione.

Si rilevi poi che il difensore della vittima ha comunque necessità di sapere se il procedimento che si è aperto con la querela giunge a definizione sul piano dell'affermazione della responsabilità penale per gli immediati riflessi che questo ha sul decorso del termine prescrizione dell'azione risarcitoria.

La disposizione dell'art. 2947, comma 3, c.c., stabilisce infatti che *«se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati nei primi due commi<sup>3</sup>, con decorrenza dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.»*.

In conclusione, da un punto di vista pratico-operativo, la decisione della Corte sollecita il difensore della vittima non solo a riporre particolare attenzione nella redazione delle prossime querele, ma anche, se non soprattutto, a considerare nei singoli casi l'opportunità di preferire la sede propria per l'esercizio dell'azione risarcitoria, prescindendo del tutto dalla sorte del procedimento penale conseguente alla proposizione della querela, tenuto conto delle concrete capacità economiche della vittima, degli interessi in gioco, dell'entità di questi ultimi e dell'effettiva possibilità di eseguire l'eventuale pronuncia di condanna. Valutazione, quest'ultima, che implica senza dubbio una maggiore sensibilità tecnico-giuridica e un più largo spettro di competenze per il difensore, di norma non abituato (o non adeguatamente preparato) a effettuarla, anche a causa della ineludibile specializzazione, penalistica o civilistica, dell'attività correntemente svolta.

## **5. L'illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1 c.p.p. e la Direttiva 2012/29/UE**

Rimane infine da chiedersi quanto la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 459, comma 1, c.p.p. della pronuncia della Corte Costituzionale da cui si è preso spunto, per i profili segnalati in questa relazione, sia compatibile con le previsioni della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e il cui scopo dichiarato (art. 1, comma 1) è di *«garantire che le vittime /.../ ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali»*.

Il riferimento è, in particolare, agli artt. 6 e 16 della Direttiva.

L'art. 6 è rubricato *«Diritto di ottenere informazioni sul proprio caso»* e prevede che la vittima sia informata fra altro *«dello stato del procedimento»* (comma 2, lett. b): come si concilia tale disposizione con la *«comunicazione»* non obbligatoria del decreto penale di condanna, considerato che, prima della commentata pronuncia, il querelante aveva più possibilità di essere tempestivamente e adeguatamente informato sullo stato del procedimento, avendo facoltà di opporsi alla definizione di esso con l'emissione del decreto?

---

<sup>3</sup> Il primo comma stabilisce che *«Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.»*; mentre il secondo comma prevede che *«Per il risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli di ogni specie il diritto si prescrive in due anni.»*

L'art. 16 attiene al diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale: l'interrogativo riguarda in questo caso la concreta possibilità per la vittima di scegliere la sede in cui promuovere l'azione risarcitoria a' sensi dell'art. 75 c.p.p., una volta dichiarata costituzionalmente illegittima la facoltà prima riconosciuta al querelante a' sensi dell'art. 459, comma 1, c.p.p., che, pur a prescindere dal rito con il quale sarebbe poi stato definito il procedimento, garantiva - se non altro - l'informazione riguardante l'esercizio dell'azione penale e dunque la possibilità di scegliere se rivolgersi al giudice penale o a quello civile per spiegare l'azione risarcitoria.