

LA DIRETTIVA 2012/29/UE. VITTIMA E GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL SISTEMA PENALE: IL DIRITTO A GARANZIE NEL CONTESTO DEI SERVIZI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA.¹

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

I. La Direttiva 2012/29/UE adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio recante «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato».

La Direttiva 2012/29/UE (d'ora innanzi "Direttiva") stabilisce norme minime «*in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*», sostituendo la meno ampia e articolata Decisione Quadro 2001/220/GAI UE² «*sulla posizione della vittima nel procedimento penale*», fatte salve le precedenti direttive per particolari categorie di vittime.

Parola chiave della Direttiva è «vittima», parola divisiva in ambito penale, cui non sembrano estranee anzitutto le sue connotazioni emotive, le cui radici, come spesso accade, risalgono ad una metaforica sorgente sempre attiva e, se non avvertita, scivolosa: i romani spiegavano *victima* con *vincta adducatur ad altarem*, ove il radicale *vic* mette in relazione *victima* con *vincere*, evidenziandosi in sede specialistica che questa derivazione etimologica è la sola che può spiegare come «vittima» abbia potuto assumere il significato di “essere che subisce, essere sofferente”, per il tramite del sacrificio (umano e poi) animale gradualmente sino al senso *pro-fano* di «vittima» come “sofferente per un'ingiustizia subita”.

Ciò premesso, l' art. 2 della Direttiva per «vittima» intende «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», e ne estende la definizione includendovi anche la c.d. vittima indiretta (non specificamente contemplata, invece, dalla succitata Decisione Quadro), ovvero «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», per «familiare» intendendo non solo il coniuge, ma anche il convivente *more uxorio*, nonché «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima».

La Direttiva riconosce alla vittima numerosi diritti in tutto l'arco processuale, inclusa l'esecuzione penitenziaria: dal diritto ad ottenere dettagliate, comprensibili informazioni sul proprio caso al diritto di accesso ai servizi di assistenza, dai numerosi e significativi diritti di partecipazione al procedimento penale al diritto ad una variegata protezione. Tra i molti diritti, la Direttiva riconosce alla vittima anche «il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa», oggetto del presente contributo³.

Orbene, riferendosi la Direttiva al procedimento penale in tutte le sue articolazioni, d'ora innanzi si farà uso – al fine di una più spedita trattazione– del termine «vittima», bene inteso che, prima della sentenza definitiva di condanna, si intenderà con questa parola far riferimento alla persona che si proclama offesa, prima dell'esercizio dell'azione penale, e che – esperita l'azione – è presunta «persona offesa»⁴ nell'imputazione.

Per converso, la Direttiva (considerando 12) chiarisce espressamente che con la locuzione «autore del reato» «si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato», ma anche «ad una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna», fatta «salva la presunzione di innocenza»: chiarificazione terminologica che legittima sin d'ora l'uso della locuzione, sempre a fini di praticità espositiva, con riferimento all'intero arco del procedimento penale.

La Direttiva, all'art. 2, comma 1, d), definisce poi la «giustizia riparativa»⁵ come «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni [*difficultés/matters*] sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale [*tiers indpendant/ impartial third party*]»⁶: definizione orientata alle riparabili conseguenze del reato, pressoché identica a quella veicolata dalla fondamentale Raccomandazione n°R (99)19 «sulla mediazione in materia penale»⁷, e riferita dunque solo a questo particolare «servizio di giustizia riparativa». L'Unione Europea, infatti, preso atto che il concetto e la portata della mediazione in materia penale si sono nel tempo articolati ed è emersa la necessità di una più ampia, comprensiva categoria, fa riferimento ai *servizi di giustizia riparativa*⁸, «fra cui ad esempio la mediazione [*mediation entre la victime et l'auteur de l'infraction/victim-offender mediation*], il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi» (considerando 46).

II. Vittima e giustizia riparativa nel sistema penale.

1. La vittima nella giustizia penale: un ospite inquietante.

Per un corretto inquadramento del tema in esame, forse occorre qualche preliminare riflessione centrata su una lettura diacronica della Direttiva, per provare a contrastare una sua interpretazione restrittiva degli spazi aperti ai «procedimenti di giustizia riparativa» all'interno del «procedimento penale», spazi di cui invece sembra auspicabile una graduale, strutturata estensione, pur con tutte le garanzie per le parti e senza *snaturanti*⁹ con-fusioni delle due giustizie.

Le *norme minime* (considerando 11) in materia scolgono non più solo cosa l'Europa propone, ma cosa l'Unione Europea oggi ritiene indefettibile a proposito (tra l'altro) della riparazione verso la vittima nel contesto penale, e, più in generale, come ripensa lo stesso reato – muovendo proprio dalla *vittima*, da questa disorientante figura – definito «non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime, che, come tali, dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta» (considerando 9).

Ebbene, non si può comprendere appieno la portata di questi assunti senza soffermarsi sulla prodromica, potente Raccomandazione R (85) 11, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 28 giugno 1985, che ha affrontato, per la prima volta in termini generali, il tema della «posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale».

Nei suoi realistici *consideranda*, infatti, l'autorevole Consesso, constatata la tendenza del sistema tradizionale della giustizia penale ad accrescere più che a ridurre la sofferenza della vittima, proprio in quanto incentrato sul «rapporto tra Stato ed autore del reato», afferma che «una funzione fondamentale della giustizia penale deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima», di cui è necessario «tenere maggiormente in conto[...] il danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito».

Sul rilievo poi che ogni misura a tal fine, oltre a facilitare «una eventuale riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato», non può che concorrere a realizzare le tradizionali funzioni «del diritto

e del processo penale, come ad esempio il rafforzamento delle norme sociali e il reinserimento degli autori di reato», il Comitato raccomanda ai governi degli Stati membri di «rivedere le loro legislazioni e prassi» valorizzando, fra l'altro, «ogni serio sforzo ripartivo» «in tutte le fasi», ed in tal quadro auspicando il più ampio ventaglio di soluzioni: riparazione come sanzione autonoma, sanzione sostitutiva della pena o misura con essa concorrente, ma anche condizione di grande importanza nelle decisioni di *probation* e *diversion*, esaminando al tal fine anche «i possibili vantaggi dei meccanismi di mediazione e conciliazione»¹⁰.

Certo, può generare disorientamento il reato inteso anche come offesa alla vittima, viepiù un suo forte ruolo in un'ottica di giustizia riparativa, ma è un disorientamento che svela che la “cosa” non è “giudicata”, ed oggi vi si ripensa, in un contesto ben diverso da quello dell'iniziale pensiero¹¹. Ed è un disorientamento rispetto alla *evidenza* del processo penale così come costruito dalla tradizione occidentale¹²: il *ritorno* della vittima nel processo può apparire campato in aria, persino allarmante nel quadro generale in cui è cresciuta la cultura degli operatori del diritto, che più hanno imparato a conoscere, approfondire la grandezza del modello tradizionale e più colgono lo spicco di tal discorso disorientante.

Il modello, che dalle Eumenidi¹³ in poi si è lentamente costruito, si è infatti incentrato sul rapporto tra Stato (monopolista della forza) ed autore del reato per neutralizzare i sentimenti di vendetta della vittima ed a partire dall'età illuministica – dopo il «processo offensivo»¹⁴ – per sottrarre l'offensore all'arbitrio punitivo. Questa evoluzione ha portato alla graduale emarginazione della vittima¹⁵, perturbante figura ideologicamente apparentata ad una vendetta affidata alle passioni di una parte, che andava dunque disarmata per poter perseguire la pace tra i consociati attraverso una pena ristabilizzatrice, una volta per tutte, dell' *ordine sociale* vulnerato dal reato¹⁶.

Ma, se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano, e infine la rieducazione quale finalità della pena, rappresentano un millenario, grandioso e irreversibile progresso di civiltà giuridica, la nostra sensibilità moderna rende l'attuale sistema penale non più rispettoso della dignità della vittima, spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, in cui è strumento, talvolta abusato, per l'accertamento del reato, e «parte» ai fini della sola pretesa risarcitoria, nei limiti della rara capienza dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, sui cui passaggi/epiloghi non è, se non di rado, neppur informata. Una vittima così vessata – talora amplificando la propria voce tramite i *mass media*, dai quali è ancora una volta usata e, così, ulteriormente vittimizzata – non può che esprimere rancorose istanze di spicci accertamenti e pene esemplari, al pari della collettività, che con essa (oggetto di algofobiche proiezioni) si identifica, e così orienta politiche penali che rischiano di minare proprio quel grandioso progresso, che invece si vuole da taluno minacciato dal “ritorno” della vittima nel processo penale.

La Direttiva avverte il pericolo e indica un chiaro cambiamento di rotta, occupandosi della dignità umana¹⁷ delle vittime di reato a tutto tondo, «rafforzandone i diritti, il sostegno e la tutela», «in particolare nei procedimenti penali».

2. Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della vittima.

In tale prospettiva, la Direttiva riconosce che «i servizi di giustizia riparativa... possono essere di grande beneficio per le vittime» (considerando 46) ed estende sia la definizione di «vittima di reato» che la tipologia di detti servizi, ma impone agli Stati membri di adottare misure tali da garantire che «la vittima» che «scelga di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» sia «protetta» da «vittimizzazione secondaria o ripetuta» (anche¹⁸) all'interno di questi percorsi (art. 12, 1° comma)¹⁹. E, in tema, prevede norme minime in ordine al diritto della vittima «a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» («disponibili» e «operanti nel corso del procedimento penale» in senso lato inteso, ovvero «dal primo contatto con l'autorità competente» all'esecuzione penitenziaria), stabilendone, al testé citato art. 12, le «condizioni» essenziali d'accesso. Ma, prima del loro esame, occorre qualche ulteriore premessa per una loro corretta lettura.

Anzitutto, la Direttiva impone dette condizioni minime in ordine a tutti i «servizi di giustizia riparativa» contestualmente ad una inedita quanto doverosa messa a fuoco del *sensu* della riparazione, *sensu* sia come significato che come direzione: «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima» (§1.a dell'art. 12 cit.). Questo è il valore intrinseco del «procedimento di giustizia riparativa», ben distinto dal valore strumentale che può attribuirgli il sistema penale: ogni effetto di prevenzione speciale da questo riconosciuto è subordinato rispetto al superiore «interesse della vittima».

Un tal rilievo, lungi dall'essere scontato, va meditato alla luce del possibile condizionamento/snaturamento del «procedimento di giustizia riparativa» che possa inscenarsi nell'esecuzione penitenziaria, tradizionalmente (e doverosamente) orientata alla tutela e alla rieducazione dell' «autore del reato», ma anche nel processo penale ove la riparazione della vittima potrebbe essere esperita come mero strumento deflattivo, per tacere della giustizia penale minorile, in cui le *esigenze educative* del minore (imputato o condannato) possono piegare al suo *superiore interesse* il «procedimento di giustizia riparativa».

Peraltro, nel nostro Paese le doverose cautele imposte dalla Direttiva possono essere *prima facie* interpretate come frenanti²⁰, in quanto, a differenza di altri Stati dell'Unione Europea, lo Stato italiano non ha attuato la Decisione-quadro 2001/220/GAI²¹ e tantomeno accolto le precedenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, e così non ha creato strutturati spazi all'interno della nostra giustizia penale per promuovere significative esperienze di «giustizia riparativa», che altrove invece hanno dialetticamente portato a indicare la necessità di rimedi alle relative cattive prassi²².

3. I servizi di giustizia riparativa e le vittime dei *delitti di relazione*.

A questo breve prologo, non può non aggiungersi un'ultima considerazione a margine della sottolineata centralità dell' «interesse della vittima», per dire subito che non va enfatizzata nel particolare, delicatissimo ambito dei *delitti di relazione*²³, spesso in progressione e agli inizi sottovalutati. In particolare nei delitti familiari il *danno* ne può preannunciare altri e più gravi e non si limita solo alla vittima diretta della condotta delittuosa, estendendosi di frequente ai figli della *diade criminale*, nonché allo stesso offensore ed all'ambito parentale in legame vitale con gli stessi. Ebbene, nel considerando 18²⁴, la Direttiva si occupa della «violenza nelle relazioni strette», ma concentrandosi sul solo particolare danno che ne deriva alla vittima, ovvero sul «trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare»²⁵, traendone la pur necessaria conclusione che quest'ultima può «aver bisogno di speciali misure di protezione», disciplinate nel Capo 4. Ma non può sfuggire il nesso che stringe una efficace *protezione* alla partecipazione, ove possibile, a *procedimenti di giustizia riparativa* in chiave di lungimirante strategia preventiva, soprattutto nella fase iniziale del procedimento penale²⁶ – segnatamente con riferimento al *probation* processuale ed alle stesse eventuali compatibili misure cautelari –, senza che comunque possano trascurarsene gli effetti in chiave specialpreventiva anche nella prospettiva, nei casi più gravi definiti con condanna, dell'ammissione a misure alternative.

Detto altrimenti, pur non potendosi sottovalutare, in alcuni ipotesi, la necessità di una iniziale particolare protezione *cautelare*²⁷, questa è ontologicamente di breve periodo, mentre, quando è possibile, la tempestiva promozione di un «servizio di giustizia riparativa» ha incomparabili possibilità di prevenire una pericolosa *escalation*²⁸, che invece può essere favorita dalle dinamiche processuali²⁹. Invero, i *delitti familiari* sono attraversati da conflitti ingestibili direttamente dal Giure, che non può che pericolosamente trascurarne la loro essenziale componente *emotiva o passionale*, per usare proprio le parole del nostro codice penale: questa ormai diffusa consapevolezza non può che chiamare anche il nostro diritto a dar ampio adito a «procedimenti di giustizia riparativa»³⁰, pur nel rispetto delle garanzie di entrambe le parti. Peraltro, in questa tipologia criminosa, la partecipazione a detti procedimenti presenta poi un maggior gradiente, e per

un duplice profilo: da un lato, i vitali sentimenti/interessi condivisi dalle parti possono indurle ad una maggiore disponibilità alla mediazione e ad un accordo riparativo del *danno sistemico-familiare*, idoneo a ricucire i fondamentali legami e, così, alla prevenzione di ulteriori reati, anche a parti inverse; dall'altro, la vittima, nei casi in astratto meno gravi, può essere consapevole della limitatissima rivalse penale perseguita con il processo³¹, bensì occasione per ulteriori offese nel suo tormentato *iter*.

III. Le condizioni di accesso ai servizi di giustizia riparativa.

1. Dalla Raccomandazione n° R(99)19 «sulla mediazione in materia penale» (*per saltum*) alla Direttiva 2012/29/UE.

Articolate le premesse di contesto e co-testo, si può approdare al testo dell' art.12 cit., ove la Direttiva stabilisce «almeno [...] le seguenti condizioni» per accedere ai «servizi di giustizia riparativa», che qui subito si enumerano: ricorso a detti servizi «soltanto [...] nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza»; «consenso» della vittima «libero», «revocabile in qualsiasi momento» e «informato» («in merito al procedimento stesso»/al «suo potenziale esito»/alle «modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo», che, «raggiunto volontariamente», «può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore»); «riservatezza» delle «discussioni [...] che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa», successivamente «divulgabili», di regola, «solo con l'accordo delle parti»; «riconoscimento» da parte dell' «autore del reato» dei «fatti essenziali del caso», condizione sulla quale si tenterà un particolare approfondimento.

Tra le precedenti fonti europee, ineludibile riferimento della Direttiva è la già citata Raccomandazione del 1999 (elaborata sulla base di/seguita da annosa sperimentazione), per cui appare opportuna qualche schematica riflessione sui passaggi, seppur *per saltum*, da questa Raccomandazione alla Direttiva, e con particolare riferimento alle condizioni prese in considerazione dall'art. 12 della Direttiva medesima. Non prima di un preliminare chiarimento, che ci pare ermeneuticamente vantaggioso per il prosieguo: mentre la Raccomandazione ora in esame si riferisce alla (sola) «mediazione in materia penale» secondo un'ottica neutrale (*nec utrum*), ossia dal punto di vista dell'istituzione giudiziaria che la può promuovere³², occupandosi dei potenziali benefici per entrambe le parti e per lo stesso buon andamento del sistema penale, la Direttiva invece, in una prospettiva radicalmente diversa, si occupa dei presupposti, della struttura e delle finalità del «servizio di giustizia riparativa» (di cui tuttora, nel nostro Paese, è punta di diamante la mediazione) nell'ambito di una ben più ampia tutela della vittima³³ nel corso del procedimento penale, in tutti i suoi contatti «con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale» (articolo 1, comma 1).

2. La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva 2012/29/UE: analisi *contrastiva*.

Ciò chiarito, procediamo ora con la riflessione su alcuni passaggi dalla Raccomandazione alla Direttiva.

Anzitutto, in ordine alle finalità del procedimento di giustizia riparativa, se la Raccomandazione del 1999, nel preambolo ed in primo luogo, riconosce «l'interesse legittimo delle vittime [...] a comunicare con l'autore del reato ed ad ottenerne le scuse e una riparazione», questo valore *essenziale* è ancor più nettamente ed esclusivamente evidenziato nella Direttiva³⁴. Difatti, la Raccomandazione, come accennato, s'affretta a soggiungere come la mediazione sia anche «un'occasione importante per stimolare negli autori del reato il senso di responsabilità e [...] offrir loro concrete possibilità di fare ammenda [*s'amender/ make amends*], onde facilitarne la

reintegrazione e la riabilitazione» in vista di epiloghi «più costruttivi e meno repressivi» della stessa giustizia penale, mentre la Direttiva non si occupa affatto di questi effetti di prevenzione specialpositiva, pur apprezzati e progressivamente riconosciuti anche dal nostro sistema penal-penitenziario³⁵. Ma la Direttiva sul punto tace, non perché non consaputa di detta ulteriore valenza, quanto per l'esigenza di evitare una *ipersoluzione*, ovvero che, in concreto, il *rimedio*/«beneficio» costituito dalla «scelta di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» possa poi rivelarsi per la vittima un'ulteriore occasione di *vittimizzazione*: questo il senso della valorizzazione esclusiva dell'«interesse della vittima» di cui all' art. 12 lett. a), ovvero la massima evidenziazione che ogni altra finalità rilevante per il sistema penale non può che avere, si ripete, carattere subordinato in un corretto spazio di giustizia riparativa all'interno del processo penale, che nondimeno potrà trarne benefici³⁶.

Ancora, come la Direttiva, anche la Raccomandazione, pur rivolgendosi quest'ultima ad entrambe le parti sul riflesso di quanto dianzi esposto, invoca il principio assiale del consenso (*limes*, più che *limem*), libero, sempre revocabile (II.§1. e IV.§11.) e informato (IV.§10.), e l'altrettanto fondamentale principio di riservatezza, al precedente strettamente connesso (II.§2.: «le discussioni in mediazione sono confidenziali e non possono essere utilizzate successivamente, se non con l'accordo delle parti»)³⁷.

Ma non si può che concludere l'analisi comparativa con quel più preme nel presente scritto, ovvero con riferimento al «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»³⁸, formula sulla quale non si registra uno scarto significativo tra Raccomandazione (IV.§14.: «*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*») e Direttiva (articolo 12, comma 1, lett. c: «*faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case*»). Tuttavia, mentre la Raccomandazione postula – almeno «*en principe*»/ «*normally*» – un accordo di entrambe le parti sui fatti essenziali, ovvero testualmente «il riconoscimento di entrambe le parti [*par les deux parties/by both parties*]», la Direttiva richiede perentoriamente (senza usare *modalizzatori*) il «riconoscimento dei fatti essenziali» al solo «autore del reato [*auteur de l'infraction/ offender*]» – con tale locuzione, come si è già evidenziato, riferendosi non solo «a una persona condannata», ma anche «ad una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna» (considerando 12) –. Ebbene, salvo quanto si articolerà nei seguenti paragrafi, la Direttiva si muove con idee chiare e distinte in ordine ad una giustizia riparativa attivabile (ove possibile e sulla base del consenso delle parti) nel contesto di un procedimento penale, ben distinta da una giustizia riparativa non complementare, ma alternativa al sistema penale, che prenda le mosse da situazioni problematiche non “costruite” come reati. E la Direttiva impone il «riconoscimento» da parte dell' «autore del reato» quale necessaria «condizione di accesso» per proteggere la vittima da ulteriore vittimizzazione, che altrimenti potrebbe ragionevolmente (anche) derivarle dal vedersi direttamente riproposta, in un contatto diretto, una narrazione radicalmente *contraddittoria* rispetto a quella denunciata/veicolata in una imputazione/accertata in una sentenza, il che peraltro ridurrebbe drasticamente le possibilità di svolgimento di una esperienza di giustizia riparativa, massimamente dopo una condanna per ragioni sin troppo evidenti.

3. Il «riconoscimento» da parte dell'autore del reato «dei fatti essenziali del caso».

Come abbiamo già chiarito, la «mediazione reo-vittima» è uno dei possibili servizi di consensuale giustizia riparativa – ancora in sperimentazione nel nostro Paese – il cui esito positivo può condizionare anche la fase dell'esecuzione penitenziaria. Nelle seguenti pagine si cercherà di individuare le norme e le conseguenti elaborazioni (soprattutto) giurisprudenziali, utili ad un raccordo della giustizia riparativa con il trattamento e la giurisdizione rieducativa e, seppur in termini meno articolati nell'ultimo paragrafo, con il procedimento penale di cognizione: nella consapevolezza che si opera come quegli «uomini, che – per usare un prezioso e finissimo titolo di Pietro Citati – scorgono tutt'intorno i *frantumi del mondo*, e si piegano su di essi, e li interrogano, e cercano così di assolvere l'umile ed umano dovere del capire»³⁹. Si tenterà, in particolare, di

argomentare, ruotando attorno alla rubricata condizione di accesso alla giustizia riparativa, il cui innesto nel procedimento penale *lato sensu* sembra esposto a fraintendimenti, più o meno acuti da particolari sensibilità interpretative, sia di chiusura che di *assimilazione*.

Quanto in particolare alla fase dell'esecuzione penitenziaria, si limiterà l'esame alla *liberazione condizionale* e, per contrappunto, all'*affidamento in prova al servizio sociale*, perché offrono pur faticosi varchi normativi per un possibile percorso di giustizia riparativa, presupposto come concluso dalla prima, da intraprendere per il secondo: comunque postulato – *de paeterito* o *de futuro* – almeno come offerta di ulteriore opportunità trattamentale, prevista in generale dall'art. 27 del Regolamento «recante norme sull'ordinamento penitenziario», introdotto con il D.P.R. n.230 del 2000 (d'ora innanzi Reg. Pnt.): opportunità che, se accolta dal condannato, ed ove sia disponibile la vittima, può dar corpo ad un significativo elemento valutabile ai fini della concessione della liberazione condizionale e del giudizio di «esito positivo» del periodo di prova, pur alla luce, più o meno intensa, dei rispettivi diversi parametri di legge.

Può apparire singolare il seguente ordine di trattazione, che antepone la *liberazione condizionale* all'*affidamento in prova al servizio sociale*: almeno nell'originario conio, infatti, questa misura è collocata nella fase iniziale, mentre la prima nella fase terminale del progressivo trattamento di risocializzazione del condannato a pena detentiva. E tuttavia proprio alla *liberazione condizionale* si dedicherà prioritaria e più corposa attenzione, non solo per l'economico rinvio ad un mio recente studio⁴⁰, incentrato essenzialmente sul notevole spazio che l'istituto di cui all'art. 47 L. n. 354 del 1975 (d'ora innanzi Ord.Pnt.) offre alla promozione di «servizi di giustizia riparativa», ma anche sul rilievo delle variegate, più articolate analisi proposte dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sugli stretti nessi tra il «sicuro ravvedimento» e l'«azione di riparazione» verso la vittima (o i suoi familiari). Mentre infatti la *liberazione condizionale*, soprattutto nei casi in cui afferisce ad una pena per delitti di estrema gravità (e, talvolta, per modalità o particolari contesti, fonte di un forte e persistente turbamento anche sociale), postula, ai fini del «sicuro ravvedimento», una compiuta *revisione critica del fatto*, di cui non può che costituire assai significativo riscontro proprio un concreto atteggiamento riparativo, l'*affidamento in prova al servizio sociale* si limita ad inaugurare, ove possibile, attività che stimolino il condannato ad «adoperarsi in favore della vittima», salva la valutazione finale del periodo di prova alla stregua del molto meno impegnativo – anche sul versante della riparazione – giudizio di «esito positivo»⁴¹.

3.1. Giustizia riparativa e liberazione condizionale: la sentenza n. 138 del 2001 della Corte Costituzionale.

Può essere utile prendere le mosse dall'esame della sentenza n. 138 del 2001 della Corte Costituzionale in tema di *liberazione condizionale*, e del sotteso avvalorato prevalente indirizzo della Corte di Cassazione, che, pur con alcune pronunce dissonanti, farà da contrappunto (in nota) all'esame della motivazione del giudice delle leggi. Occorre però una breve premessa: circa un anno prima di questa sentenza è stato varato il nuovo Regolamento penitenziario, cui si è già fatto cenno e che, all'art. 27, pone le basi per un'innovativa integrazione del tradizionale trattamento di risocializzazione del condannato⁴², aperto all'innesto della giustizia riparativa come intesa dalla Direttiva, ma, ove non possibile, anche di condotte rieducativo-riparatorie verso *vittime surrogate*⁴³ o di azioni di *riparazione sociale*⁴⁴. Ebbene, l'art. 27, al 1° comma, ultimo periodo, recita: «sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». E «la riflessione» è inquadrata nell'«osservazione della personalità» sulla base dei cui risultati sono formulate «indicazioni in merito al trattamento rieducativo» (art.13 Ord. Pnt.).

L'enunciato normativo è psico/crono-logicamente ben articolato, soprattutto con riferimento ai reati con una vittima individuale e sul rilievo di una verità di buon senso prima ancora che psicologica: una *riparazione della vittima* non meramente strumentale⁴⁵ postula la *riparazione dell'autore del reato*, che sia disponibile anche a farsi aiutare a rielaborare la percezione del fatto per scoprirne eventuali lacune e falsificazioni di impedimento ad un processo di riconoscimento della sofferenza della vittima e di assunzione delle proprie responsabilità⁴⁶.

Sed ad rem propositam veniamus.

La succitata sentenza della Corte Costituzionale muove la propria argomentazione dal fondante presupposto del «sicuro ravvedimento», ma esplorandone anche gli impliciti nessi con la co-testuale condizione dell' «adempimento delle obbligazioni civili»⁴⁷. E in tale esigente quadro normativo, la Consulta rileva anzitutto che il giudice non può limitarsi alla valutazione della «mera astensione da violazioni delle norme penali e di disciplina penitenziaria» da parte del condannato, ma deve estenderla anche ai suoi «comportamenti positivi che rivelino la acquisita consapevolezza [...] dei valori fondamentali della vita sociale, tra i quali la solidarietà sociale», di cui «indice»⁴⁸ particolarmente significativo è rappresentato proprio dall' «atteggiamento assunto dall'autore del reato anzitutto nei confronti della vittima».

La Corte mette poi a tema la condizione normativa dell' «adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato», che viene «in rilievo, nell'economia dell'istituto, non solo per la sua funzione oggettiva di reintegrazione patrimoniale, ma anche e soprattutto come indice soggettivo dell'intervenuto ravvedimento», proprio sotto il profilo dell'estensione della valutazione del giudice all' «atteggiamento assunto dall'autore del reato nei confronti della vittima» e per l'argomento già esposto. Soggiunge altresì la Consulta che risulta perfettamente in linea con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione la costante lettura della norma data dalla Corte di Cassazione⁴⁹, quando esige che, nella verifica dei risultati del percorso rieducativo, in caso di impossibilità (anche relativa, ovvero pur quando non dipenda da una condizione di assoluta povertà) di adempimento delle obbligazioni civili, «il condannato dimostri solidarietà nei confronti della vittima, interessandosi delle sue condizioni e facendo quanto è possibile per lenire il danno provocato, pur nei limiti delle concrete possibilità del reo (e, cioè, di quanto da lui realisticamente esigibile)».

Nel concludere, il giudice delle leggi evidenzia come tale interpretazione sia anche in linea con il principio di uguaglianza, assicurandone anzi nella sostanza il rispetto, sul rilievo che quell'indice del ravvedimento, che per il condannato che ne ha la capacità viene ricavato dall'effettivo ed integrale adempimento delle obbligazioni civili, per «il condannato che non ha mezzi adeguati è tratto da alternative forme di interessamento per le sorti delle persone offese»⁵⁰

Al postutto, la Consulta ha ritenuto l'interpretazione dell'art. 176 del codice penale data dalla Corte di cassazione con sentenza n. 7248 del 20/12/1999⁵¹ pienamente conforme agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

3.1.1. (Segue) *La successiva giurisprudenza di legittimità.*

Le pronunce seguenti della Cassazione sembrano solo in parte confermare, e con angolazioni teoriche diverse più o meno esplicitate, l'indirizzo giurisprudenziale sotteso alla pronuncia della Corte Costituzionale, indirizzo che la Consulta vertebrata con un perspicuo inquadramento sistematico, facendo laico riferimento al valore costituzionale della *solidarietà sociale*⁵² ed anzitutto verso le vittime dirette o indirette del reato: l'acquisizione di tale valore, per il giudice delle leggi, trova importante riscontro nella concreta azione riparativa (o suo idoneo tentativo), che sembra ragionevole ritenere abbia come implicito presupposto il riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato (ovviamente, ove vi si ritenga coinvolto), se non la piena ammissione di colpevolezza. Nella successiva giurisprudenza di legittimità, detto indice viene ritenuto, antipodalmente, talvolta indefettibile⁵³, tal'altra defettibile⁵⁴; in genere, è considerato apprezzabile nell'ambito di una «valutazione globale» della condotta del soggetto nell'arco dell'intero trattamento rieducativo⁵⁵.

In quasi tutte le pronunce, ai fini del giudizio sul ravvedimento, oggetto di valutazione non è un insondabile «atteggiamento interiore», ma l'insieme degli «atteggiamenti concretamente tenuti ed esteriormente manifestati dal soggetto durante il tempo dell'esecuzione della pena, incluso il comportamento di fattiva disponibilità del condannato a fornire alla vittima del reato ogni possibile assistenza, compatibile con il doveroso rispetto della personale riservatezza e delle autonome decisioni di questa»⁵⁶.

In genere, poi, i concreti comportamenti tenuti dal condannato debbono essere obiettivamente idonei ad avvalorare talvolta un giudizio di avvenuta *revisione critica* delle pregresse scelte criminali, unitamente⁵⁷ alla «prognosi di pragmatica conformazione della futura condotta di vita al quadro di riferimento ordinamentale e sociale»⁵⁸, talaltra la sola raggiunta *revisione critica*⁵⁹, ed altre volte ancora la sola «prognosi di non recidivanza»⁶⁰. Si può forse scorgere, nei casi in cui l'approdo del giudizio è solo retrospettivo (revisione critica del passato), una maggiore valorizzazione dell'atteggiamento riparativo⁶¹ e, per converso, nei casi in cui il compendio degli elementi vada a corroborare il solo giudizio prospettico, una sottovalutazione dell'interessamento per vittima e/o del riconoscimento delle proprie responsabilità⁶².

3.1.2. (Segue) Polarità giurisprudenziali.

Occorre ora concentrare l'attenzione su alcune sentenze che veicolano posizioni interpretative *contraddittorie*, non solo *contrarie*, ma che appare utile, proprio per la loro polarità, mettere qui a tema (riportandone per esteso le argomentazioni), anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale e dell'art 27 Reg. Pnt., da cui si sono prese le mosse, per poi tentarne un «riaggancio» al tema di fondo del presente scritto⁶³.

Ebbene, in un recente arresto⁶⁴, centrato sulla sola «prognosi di pragmatica conformità della [...] futura condotta di vita al quadro di riferimento normativo ordinamentale», si afferma che alla «natura e limiti» di detto giudizio devono ritenersi «estranei e non funzionali [...] il sindacato sul grado di intima accettazione della condanna o della pena ed ogni investigazione circa l'interiore adesione ai valori espressi dall'assetto normativo-istituzionale o l'effettiva condivisione morale dei modelli comportamentali a quell'assetto sottesi, così come ogni pretesa di formale abiura o ripulsa delle pregresse condotte devianti» ed anche «la mancata ammissione di colpevolezza da parte del condannato»⁶⁵.

All'estremo opposto si colloca un successivo arresto⁶⁶: evidenziata la necessità di valutazione della «complessiva condotta [...] al fine di verificare il compiuto ravvedimento della condannata all'esito di una revisione critica della propria vita anteatta», la Corte ha ritenuto «non [...] sufficiente lo svolgimento [...] di attività lavorativa e di volontariato, né la revisione critica dei gravissimi comportamenti antisociali in precedenza posti in essere», condividendo pienamente la motivazione del Tribunale di sorveglianza, che aveva «correttamente rilevato che il sicuro ravvedimento di cui all'art. 176 c.p., comma 1, presupponeva indefettibilmente che la ricorrente si attivasse in modo concreto e con atti positivi ed esteriormente rilevabili per avvicinare le persone offese dai gravissimi reati di sangue da essa commessi ed in tal modo mostrare un effettivo interessamento per la loro situazione morale e materiale». La sentenza in esame ha quindi concluso: «tale esternazione di intento conciliativo, certamente non facile, in quanto non è affatto scontato che le persone offese dai gravi reati di sangue commessi dalla ricorrente siano disposte ad accettare di confrontarsi con quest'ultima, non costituisce, come sostenuto dalla difesa della ricorrente, un comportamento illegale, un *quid pluris* imposto dal Tribunale di Sorveglianza [...] ma rappresenta al contrario un comportamento doveroso, in quanto non può parlarsi di ravvedimento senza pentimento», che «esige indefettibilmente che venga chiesto perdono alle persone che hanno duramente sofferto per le scelte sbagliate fatte dalla persona ravveduta. Ciò è da ritenere imposto dalle basilari e fondamentali regole della convivenza sociale, brutalmente violate dall'odierna ricorrente».

Si può quindi notare che, se il Tribunale si era limitato ad affermare che il ravvedimento si manifesta nel «pentimento per il dolore causato», la Cassazione nell'ultimo passaggio

argomentativo ha messo in scena il «perdono», in qualche modo associato alla mediazione (cui la ricorrente si era resa indisponibile, pur per ragioni «condivise e apprezzate» dai mediatori⁶⁷) quale occasione per «chiedere perdono». Questo dunque l'*iter* logico, in sintesi e a ritroso: dalla richiesta di perdono (occasione possibile: la mediazione) si *abduce* il pentimento, e da questo il ravvedimento.

3.1.3. (Segue) *Pentimento/perdono e mediazione.*

L'introduzione del tema del perdono⁶⁸, in qualche modo collegato alla mediazione, impone alcune riflessioni.

Anzitutto, si deve rilevare che, pur se la *vulgata* mediatica è riuscita a intrudere nella *mediazione* il *perdono* della vittima, si tratta di categorie distinte e distanti⁶⁹. La *mediazione* mira ad un recupero della relazione umana reo/vittima, ad uno *scambio* positivo, ed è essenzialmente uno strumento di «giustizia riparativa» della vittima, pur con riflessi apprezzabili dalla giustizia penale per la loro ritenuta idoneità a favorire, a seconda dei contesti, la conciliazione processuale tra le parti o la responsabilizzazione dell'autore del reato, mentre il *perdono* – nella pur variegata elaborazione millenaria teologico-filosofica, qui rozzamente sintetizzata – è fuori dallo schema relazione/scambio.

Invero, il *perdono*, ed in particolare quello cristiano che fa da sfondo, è possibile solo nella coscienza e solo da parte di chi ha subito l'offesa, è incondizionato e libero anche dal *pentimento* di chi l'offesa ha arrecato: massimo *dono*, davvero gratuito in quanto totalmente fuori dallo schema dello *scambio* ammissione/pentimento–perdono, e di ogni altro scambio, anche solo verbale (a maggior ragione se assimilato al vocabolario della legge). Il *perdono* “libera” soprattutto la vittima svuotandone, per quanto è umanamente possibile, la vita dall'ossessivo riferimento all'offesa e all'offensore: è un concetto, come e più di quello del *pentimento*, al limite e forse oltre il limite della capacità dell'uomo, che quando lo concede, anche nelle migliori occorrenze, non può essere sicuro della sua intrinseca gratuità (per–dono?)⁷⁰.

Per contro, il tema giuridico-penale in esame ci porta in un altro mondo, fitto di condizioni, scambi, giudizi: v'è la condizione dell'ammissione dei fatti essenziali da parte del condannato per l'accesso alla giustizia riparativa – oggi fermamente richiesta dalla Direttiva –, v'è l'onere del risarcimento o di attività riparativa anche con valenza rieducativa; v'è inoltre, da un canto, la prospettiva di benefici di legge e, dall'altro, l'invito rivolto alla vittima, in un momento che non è suo, ad un incontro riparatorio, che sa con qualche positiva conseguenza legale per l'autore del reato.

Ed è in questo contesto che può riemergere, se non si tenta di fare chiarezza, un ben diverso *perdono*, altrettanto asimmetrico e unilaterale, ma affidato alla discrezionalità dell'Autorità, ove le sovrane *grazia e giustizia* sono in endiadica relazione, e precipitato di una superata concezione espiativa della pena per un reato fortemente apparentato col peccato, fondata sulla valenza redentiva di un *pacti* che informa anche la sommessa richiesta dello stesso *perdono*.

Ora, se nella vita privata, ed anche nel contesto riservatissimo della mediazione, si può continuare a dichiarare il *pentimento* ed a concedere il *perdono*, al di là dell'insondabilità del «sottosuolo»⁷¹ di queste parole lontane dal «paese sincero» di Dante, e se questi atteggiamenti verbali sono auspicabili perché comunque danno un contributo al progresso dell'umana coesistenza, tuttavia è preferibile, ai fini del giudizio di «ravvedimento» in discorso, che ci si fermi, anche lessicalmente, sulla soglia della fenomenologia morale e ci si attenga alla declinazione il più possibile laica di parole di legge ove, come nella specie, contigue a detta imperscrutabile fenomenologia, anche per il pericolo di attivazione di inaccettabili opere di investigazione spirituale⁷².

In questa chiave, e tornando allo specifico istituto normativo, si può semplicemente rilevare che, seppur ostativa ad un percorso di «riflessione» sulle «condotte antiggiuridiche poste in essere» e, ove possibile, di (conseguente) «procedimento di giustizia riparativa» per come l'intende la Direttiva,

dalla sola mancata ammissione d'ogni addebito (che può essere dettata dai più svariati motivi, ed anche dal motivo che il condannato sia o si creda incolpevole, nonostante l'avverso giudicato) non possono derivare al condannato, che abbia fatto domanda di liberazione condizionale, conseguenze negative diverse dal rifiuto di una qualsiasi altra offerta di trattamento rieducativo: è inviolabile il diritto di ogni uomo di essere sé stesso e di rimanere tale, subendo la pena inflittagli o facendo richiesta di misure meno esigenti. Per converso, da una ammissione almeno dei fatti essenziali sottesi alla condanna, dalla «riflessione» sugli stessi e, ove possibile, dall'azione riparativa che correttamente la corrobora, non può che trarsi un positivo elemento di valutazione, come nel caso di adesione ad ogni altra offerta trattamentale.

3.2. Giustizia riparativa e affidamento in prova al servizio sociale.

Per le ragioni e nei limiti premessi, si procede ad una breve disamina della giurisprudenza in materia di affidamento in prova al servizio sociale⁷³ della Corte di Cassazione, peraltro chiamata ad occuparsi in massima parte del risarcimento del danno, oggetto di prescrizione nell'ambito di detta misura⁷⁴. Tuttavia, in taluni arresti, sui quali merita soffermarsi, la Cassazione si è dovuta pronunciare su temi che le hanno consentito alcuni spunti notevoli in direzione di un accesso ad un «procedimento di giustizia riparativa» conforme al dettato della recente Direttiva.

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

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

Ebbene, la sentenza n° 407, premesso che la prescrizione «che l'affidato si adoperi, per quanto possibile, in favore della vittima del reato» è «obbligatoria, ma di carattere elastico», potendosi esplicitare «mediante qualsiasi forma di sostegno morale o materiale realizzabile nel caso concreto», precisa poi che «l'integrale adempimento delle obbligazioni civili – salva sempre l'ipotesi di materiale impossibilità – è condizione per il più ampio beneficio della liberazione condizionale (art. 176 C.P.), che presuppone il già conseguito ravvedimento del condannato; l'istituto dell'affidamento in prova implica invece che il processo di rieducazione sia ancora *in fieri*, e quindi la solidarietà verso la vittima assume la veste di obbligo accessorio che – attesa l'ampiezza della previsione legislativa – può realizzarsi durante lo svolgimento della misura con qualsiasi intervento fattibile ed utile, di carattere non necessariamente patrimoniale, ma eventualmente anche personale. Ne segue che non sempre le modalità di esplicazione dell'attiva solidarietà saranno determinabili *a priori*, e talora dovranno essere individuate, in relazione alle esigenze ed alla disponibilità dell'offeso, alle capacità dell'autore del reato e ad ogni altra circostanza del caso concreto, nel corso stesso della misura»⁷⁵.

La sentenza n° 410 poi, conforme quanto alla definizione della prescrizione di cui al citato comma 7 ed al confronto con l'art. 176 c.p., ritiene la prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima» «svuotata di contenuto quando – per indisponibilità della persona offesa o per altra ragione – l'attiva solidarietà risulti [...] effettivamente e sotto qualsiasi forma, inattuabile in concreto». In tal caso, pertanto, «nessuna modalità *sostitutiva* è prevista dalla legge, né può essere introdotta mediante l'obbligatorio svolgimento di un'attività, seppure di generica utilità sociale, a favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità e il diverso significato ed orientamento finalistico di tale prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo ed affittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova».

Orbene, con riferimento alla ritenuta illegittimità dell'imposizione della prescrizione *surrogatoria* non si può che rimandare a quanto ampiamente articolato nel mio recente lavoro più volte evocato, per evitare un superfluo appesantimento del presente scritto⁷⁶, mentre, quanto alla

comparazione con la liberazione condizionale, ci si limita qui al rilievo che la lettura esclusivamente risarcitoria dell'istituto appare assai lontana dalla precedente prevalente giurisprudenza di legittimità, avvalorata dalla sentenza 138 della Consulta, invero di pochi mesi precedente l'arresto in esame.

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

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

Sul tema della confessione del condannato con riferimento all'*affidamento in prova al servizio sociale*, la Corte di Cassazione si è pronunciata più volte affermando che non è richiesta dalla legge per l'ammissione alla misura e talora, nell'enunciare che il condannato ha «il diritto di non ammettere le proprie responsabilità»⁷⁷ anche dopo il passaggio in giudicato di una condanna, ha motivato il principio sul rilievo della «possibilità di una revisione di essa»⁷⁸, sempre che, ha pur precisato, non sia stata assunta «alcuna iniziativa processuale per ottenerla»⁷⁹.

La Cassazione ha tuttavia affermato che, se l'eventuale «atteggiamento di negazione dell'addebito», in taluni arresti sottilmente distinto dalla «mancanza di senso critico»⁸⁰, non configura in sé una ragione ostativa all'ammissione al beneficio, può invece rilevare negativamente ove si traduca «nel rifiuto dell'istante di prendere coscienza della gravità dell'accusa e di partecipare all'opera rieducativa»⁸¹ o, in altri termini⁸², nella non «accettazione» della «sentenza e quindi [...] della sanzione a lui inflitta» e della «dovuta collaborazione nel percorso rieducativo», o ancora «in un persistente atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione»⁸³: in ogni caso incidendo, «in un contesto di analisi globale della personalità», sulla valutazione della «idoneità della misura alternativa a contribuire al reinserimento sociale del condannato ed a contenerne la pericolosità sociale», di cui non può essere univocamente «sintomatica» «l'assenza di confessione», che «può essere dettata dai più svariati motivi»⁸⁴.

Se però, almeno in via per così dire automatica, è pacifico che la negazione dell'addebito non rileva ai fini dell'ammissione all'*affidamento in prova*, ove tuttavia si traduca nella negazione anche del «nudo» fatto potrebbe essere di impedimento, pur in costanza di prognosi di non recidivanza, ad un giudizio di idoneità della misura a «contribuire alla rieducazione del reo» attraverso una prescrizione riparativa ritenibile essenziale, nel caso concreto, per il trattamento rieducativo in libertà, nondimeno per far sì che la predetta prognosi poi si inveri, non solo per meri meccanismi di coazione indiretta⁸⁵.

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

In altri termini, se la prescrizione risarcitoria, previo accertamento della capacità economica di chi ne sarà destinatario, può soddisfare la doverosa applicazione della norma di cui al comma 7 dell'art.47⁸⁶, ove detta prescrizione sia impossibile il Tribunale di sorveglianza «deve» pur sempre prescrivere che il condannato «si adoperi» *altrimenti* in favore della vittima «in quanto possibile». Ebbene, in tale inciso oggi debbono confluire le dettagliate garanzie di cui all'art.12 della Direttiva, tra le quali appunto, oltre alla valutazione dei profili di opportunità⁸⁷ ed il consenso da parte dell'autore del reato, anche il previo «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»⁸⁸: solo successivamente all'ammissione alla misura munita di prescrizione riparativa nel rispetto di dette

garanzie, potrà il servizio sociale affidatario attivare il «servizio di giustizia riparativa», che preliminarmente verificherà, anche sulla base di dette condizioni d'accesso, la eventuale disponibilità della vittima e la praticabilità dell'avvio dell'esperienza –impregiudicati, anche nel corso del suo svolgimento, eventuali successivi fattori impediendi –.

Va peraltro evidenziato che, come ogni altra prescrizione che va ad innervare la misura alternativa in esame in vista delle sue espresse finalità rieducative, anche la prescrizione di possibile azione riparativa in favore della vittima è pensabile solo se si presume che potrà essere adempiuta, almeno quanto alla parte richiesta all'autore del reato (riconoscimento dei fatti essenziali, riflessione, consenso all'attivazione di un servizio di giustizia riparativa⁸⁹). Orbene, se v'è radicale disconoscimento del “nudo” fatto⁹⁰ ed è così impedito *in limine* ogni «procedimento di giustizia riparativa» (e ancor prima l'opera rieducativa di cui all' art. 27 Reg.Pnt.), sarà impensabile una prescrizione «di adoperarsi in favore della vittima»; come sarà impensabile una prescrizione risarcitoria se v'è rifiuto di risarcire il danno da parte del reo che pur ne abbia capacità economica; ma, alla stessa stregua, il rifiuto di contatti con il servizio sociale renderà non dettabile una «prescrizione che il soggetto dovrà seguire in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale», o il rifiuto di stabilire una qualsivoglia dimora renderà non dettabile una prescrizione ad essa relativa, e così via. Insomma, il condannato è libero di comportarsi come vuole, ma tali libere previe prese di posizione rispetto alle possibili prescrizioni della particolare misura alternativa richiesta, non potranno che essere elemento negativo di valutazione (ovvero elemento sintomatico di indisponibilità all'opera rieducativa) per il giudice che deve decidere in ordine all' ammissione all'*affidamento*.

Ma per meglio articolare il tema della distinzione tra ammissione di colpevolezza e «riconoscimento dei fatti essenziali del caso», possono essere di aiuto le precisazioni di un autorevolissimo logico del linguaggio⁹¹: «due persone possono essere in disaccordo sul fatto che sia o no accaduto qualcosa» («disaccordo nella credenza») e «d'altra parte [...] possono essere d'accordo sul fatto che un dato evento si sia effettivamente verificato [...] eppure assumere atteggiamenti profondamente diversi –o addirittura opposti– nei confronti dell'evento stesso», manifestando così «una divergenza di opinione circa la valutazione dell'evento in questione» («disaccordo nell'atteggiamento»).

Ma anche ammesso – e non concesso – che si possa prescindere da una interpretazione conforme alla Direttiva, il mediatore può intervenire solo se v'è il «riconoscimento dei fatti essenziali», perché solo a questa condizione può proporre alla vittima un confronto con aspettative di buona riuscita, soprattutto nell'esecuzione penitenziaria⁹². E di sicuro implicherebbe un inaccettabile rischio di ulteriore vittimizzazione l'invio del caso ad un servizio di giustizia riparativa sulla base del mero consenso del condannato, sul giustificativo assunto che la vittima – in ardua ipotesi consenziente per così dire al buio⁹³ – potrebbe pur sempre abbandonare l'esperienza se il condannato, nonostante il giudicato, persistesse in una radicale protesta di innocenza.

È sulla base di un «accordo nella credenza», ovvero quando la narrazione della vittima possa almeno convergere sui «fatti essenziali del caso» riconosciuti dall'autore del reato, che un «servizio di giustizia riparativa» può tentare di aiutare le “parti” ad affrontare il «disaccordo nell'atteggiamento». E se è vero che il fatto è già stato accertato (e giudicato come reato) tuttavia non di rado, soprattutto ove questo sottenda un significativo legame tra autore del reato e vittima, tale *accertamento* (operato con le categorie giuridiche sostanziali e processuali imposte ai giudici) potrebbe porsi in termini non co-estensivi⁹⁴ – per difetto o eccesso quali/quantitativo – rispetto alla desiderabile e possibile *pan-oramica* visione condivisa o meno divisiva dell' accaduto raggiungibile nel corso di una mediazione, anche in vista di una altrettanto (congrua e così) condivisa azione riparativa.

3.3. Giustizia riparativa e *probation* processuale.

Come premesso, non rimane che qualche cenno da dedicare alla più problematica convivenza della condizione *de qua* con il principio di presunzione di innocenza negli spazi aperti alla giustizia riparativa nella fase processuale.

In proposito appare ovvio osservare che tale questione presenta particolare interesse a seguito della recente Legge n.67 del 2014, introduttiva del *probation* processuale nei codici penali, che, pur bisognosa di urgenti, serie correzioni per una sua più efficiente e significativa applicazione, pur tuttavia valorizza vittima e riparazione, ed impegna in modo particolare (seppur, allo stato, *ultra vires*) l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna, lo stesso coinvolto nell'implementazione dell'*affidamento in prova al servizio sociale*: questa coincidenza potrebbe avere virtuosi riflessi sulle prassi relative a questa *misura alternativa*, ponendo buone premesse per un suo necessario aggiornamento normativo.

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

Tale condizione non è espressamente richiesta – come lo stesso consenso di entrambe le parti – né dall'art 29, comma 4, della legge sulla giustizia penale di pace, che pur sembra farsi carico della Raccomandazione del 1999 con il divieto assoluto di utilizzabilità «ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti» nel corso dell'attività di conciliazione/mediazione⁹⁵, né nell'ambito del *probation* processuale di cui alla citata Legge 67/2014⁹⁶, né nel contesto di cui all'art.28 del D.P.R. 448/88, che pur non nominando la mediazione, chiaramente la evoca nel 2° comma⁹⁷.

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

Ma il contrasto, dai toni spesso ideologici, a ben vedere si ridimensiona ove si valorizzi la prudente, equilibrata formula usata dalla Direttiva (per la quale, si ripete, è sufficiente il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso», e dunque non necessaria l' «ammissione della propria colpevolezza [*culpabilité/ guilt*]» nei termini proposti nel precedente paragrafo muovendo dalle categorie logico-linguistiche «disaccordo nella credenza»/«disaccordo nell'atteggiamento»⁹⁸, solo quest'ultimo potendo essere ragionevolmente oggetto di una mediazione accettabile dalla persona offesa, soprattutto nella fase iniziale del procedimento.

Lo spontaneo «riconoscimento dei fatti essenziali» va infatti ben distinto dalla piena ammissione di colpevolezza (pur sempre possibile – e invero non rara – libera scelta dell'indagato/imputato), che, se richiesta quale indefettibile condizione d'accesso, a ragione avrebbe potuto giustificare obiezioni garantistiche⁹⁹.

L'imputato può, non deve necessariamente mentire o tacere, tantomeno se si pone il tema di un possibile «procedimento di giustizia riparativa» in uno scenario di *giustizia mite*¹⁰⁰, che può funzionare solo se l'accusato non rimanga incistato nel tradizionale gioco difensivo, e possa riconoscere almeno «i fatti essenziali», come sopra intesi, e la persona offesa possa essere aiutata ad accettare tale riconoscimento come base per un confronto costruttivo: tutto il percorso parte necessariamente da questa reciproca iniziale disponibilità. Certo, la condizione del mero consenso del presunto offensore ne potrebbe determinare una maggiore disponibilità all'adesione al percorso, cui però corrisponderebbe una minore (se non minima) disponibilità della persona offesa, con posa di una pietra tombale sulla operatività dei «servizi di giustizia riparativa» nel procedimento penale.

IV. Per concludere.

Le risorse? Almeno una doverosa¹⁰¹, buona formazione, comunque con l'incoraggiamento delle indimenticabili metafore di Omero. Il saggio Nestore così si rivolge al figlio Antiloco nell'imminenza di una gara di carri che lo vede tra i concorrenti: «*Tu sai girare bene intorno alla mèta. Ma i tuoi cavalli son tardi a correre; e penso che sarà un guaio. Son più veloci i cavalli degli altri. Essi però non sanno molte più astuzie di te. Tu dunque, mio caro, tutta mettiti in cuore l'arte, ché i premi non ti debban sfuggire. Per l'arte più che per forza il boscaiolo eccelle, con l'arte il pilota sul livido mare regge la rapida nave, squassata dai venti, per l'arte l'auriga può superare l'auriga*» [Iliade, libro XXIII, vv. 309-318].

Giovanni Rossi

¹ Relazione svolta nel Convegno, *Prospettive di cambiamento dell'esecuzione penale*, tenutosi il 12 settembre 2014, conclusivo della I edizione del Master in *Diritto Penitenziario e Costituzione* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi - Roma Tre.

² Per la problematica tecnica normativa utilizzata dalla Direttiva nel procedere alla "sostituzione" (cfr. art. 30, comma 1) e per una sintetica ricognizione della normativa vigente in tema di tutela delle vittime nell'ordinamento dell'Unione, cfr. D. Savy, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 3, 2013. Nello scritto si ricorda che l'Italia non ha provveduto all'attuazione della Decisione Quadro, entro il termine del 22 marzo 2006 previsto per l'art. 10 (mediazione nell'ambito penale), e che gli Stati membri dovranno recepire la Direttiva, in vigore dal 15 novembre 2012, entro il 16 novembre 2015 (art. 27): vi si evidenzia di conseguenza, quanto alla mancata attuazione della Decisione Quadro, il permanente rischio per l'Italia di procedura d' infrazione, ma anche di ricorso proponibile dai singoli davanti ad un giudice nazionale per risarcimento danni; *idem*, quanto alla Direttiva, ove non fosse attuata nel termine sopra precisato. Si sottolinea infine come la Direttiva, già dal 15 novembre 2012 e sino alla scadenza del termine per il suo recepimento, produca comunque l'obbligo per gli Stati membri di non adottare misure che possano essere con essa in contrasto, ed altresì l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare il diritto interno in maniera conforme alle disposizioni in essa contenute.

³ Per tutti gli aspetti della tematica presupposti dal presente lavoro, non posso che rinviare, per economia di spazio, ad un recente mio contributo in materia, di cui il presente costituisce, in qualche modo, un completamento: www.giustizia.it, «Pubblicazioni, studi e ricerche», che raccoglie gli scritti su *La giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, pubblicati nella rivista «*L'Eco*» dell'ISSP (Istituto Superiore di Studi Penitenziari), nn. 11 del 2012 e 1, 2, 3, 4 del 2013; ora anche su www.dirittopenitenziarioecostituzione.it., «Saggi».

⁴ Proprio al più asettico sintagma alla «persona offesa» il nostro Codice Penale dedica il capo IV del titolo IV del libro I, riconoscendogli il diritto di querela, condizione necessaria ma non sufficiente per l'esercizio dell'azione penale per taluni reati non procedibili d'ufficio (non si spinge molto oltre il D.L.vo n. 274 del 2000), mentre dell'inevitabilmente ancor più neutra formula «soggetto al quale il reato ha recato danno» (di norma coincidente con la persona offesa) fa uso nel titolo VII del libro I, riconoscendogli il diritto alle restituzioni ed al risarcimento.

D'altro canto, il nuovo codice di rito, non poteva che rafforzare il ruolo processuale della «persona offesa», titolare dell'interesse giuridico leso dal reato (ampliandone peraltro la nozione: prossimi congiunti

dell'offeso deceduto ed enti *esponenziali*), in chiave di stimolo/impulso/controllo dell'attività del pubblico ministero: munita di diritti/facoltà fortemente affievoliti dall' esercizio dell'azione penale (in cui si risolve l' accusa privata "sussidiaria"), ma in attesa di espansione e potenziamento con la eventuale costituzione di parte civile dell'offeso – di norma, si ripete, danneggiato –, che da «soggetto processuale» evolve appunto in «parte», al fine di tutelare il diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno.

⁵ Materia oggetto, dunque, non più solo di raccomandazioni (*soft law*), ma di un atto legislativo (*hard law*), e di una Direttiva, più vincolante e dettagliata della sostituita Decisione Quadro, rivelatasi insufficiente a garantire i diritti delle vittime, anche nel contesto della giustizia riparativa.

⁶ Cfr. la pressoché coincidente definizione di cui alla Risoluzione ONU 12/2002 – «Principi base sull'uso dei programmi di giustizia in materia penale» –: « 'Restorative process' means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles». Gli esigui rimandi, e solo in nota, alle fonti meta-europee muove anche dal rilievo che più numerosi/culturalmente eterogenei sono gli Stati destinatari di atti internazionali, più si impone un lessico, per usare una risalente distinzione logico-linguistica, di cattive *intensioni* e quindi di dilagante *estensione*.

⁷ La Raccomandazione del 1999 adotta lo stesso sintagma «*tiers independant/ impartial third party*» - con l'aggiunta tra parentesi di «*mediateur/mediator*» (§.I) - chiarendo poi (§.V.3.26) che «la mediazione dovrebbe essere condotta in modo imparziale [*maniere impartiale/impartial manner*], sui fatti della controversia e in funzione delle esigenze e volontà delle parti», e che «il mediatore dovrebbe sempre rispettare la dignità delle parti e controllare che le parti agiscano con reciproco rispetto». Analogamente, l'art. 25.4 della Direttiva, con riferimento agli «operatori dei servizi di assistenza alle vittime e di giustizia riparativa», ne richiede «una adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime» ed il rispetto delle «norme professionali per garantire che i loro servizi siano forniti in modo imparziale [*impartialité/ impartial manner*], rispettoso e professionale».

La Decisione-Quadro del 2001, che (come la Raccomandazione del 1999), ancora si riferiva alla sola «mediazione nelle cause penali», definita «ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona», di questa figura più sobriamente si limitava a predicare la «competenza» («*personne compétente/ competent person*») (art 1 e), sottolineando, a mio parere, la decisività del profilo professionale del mediatore, che, come è superfluo notare, non decide/risolve (secondo legge, operando metalinguisticamente) dall'alto e ultimativamente (in teoria) un conflitto tra le parti, ma deve limitarsi ad aiutarle in un percorso di chiarificazione e di gestione non distruttiva, civile e responsabile del loro conflitto, e ciò potendo fare nella misura in cui sia dotato di raffinate competenze che gli consentano di (ri)attivarne la comunicazione, sapendo stare *tra* e *con* loro (non *super*) per poterne essere *inter*-prete.

Di fronte ad un mediatore che sembri manifestare nello svolgimento della mediazione qualsiasi tipo di vicinanza, legame o amicizia unilaterale o, ancor prima - per condizioni od altro- possa apparire ad una delle parti più «vicino» all'altra, il rimedio immediato quanto efficace è l'abbandono della mediazione, diritto fondamentale dei medianti nell'intero arco dell'intervento: pertanto, non si ritiene possa ragionevolmente porsi, o non si pone certo come centrale, il tema della previsione di norme procedurali che *ex ante* garantiscano l' imparzialità del mediatore, figura ben diversa da quella del giudice.

⁸ Cfr. §.6 *Introduzione* alle Linee-guida del CEPEJ (Strasburgo, il 7 dicembre 2007) «per una migliore attuazione» della Raccomandazione n°R (99) 19. La mediazione-riparazione, dopo esigue aperture normative in settori particolari quali, in ordine cronologico, l'ordinamento penitenziario (art 47 L. n. 354 del 1975), la giustizia minorile (artt. 9, 27 e 28 D.P.R. n. 448 del 1988) ed infine quella di pace (artt. 29, 34 e 35 D.L.vo n. 274 del 2000), con norme insufficienti ma non poche sperimentazioni (soprattutto in ambito minorile), che spesso hanno piegato a fini di special-positiva prevenzione la *mediazione*, ora trova spazio nell'ambito del *probation* processuale introdotto nel codice penale dalla Legge n°67 del 2014. Quest'ultimo è il tardivo, lacunoso punto di arrivo normativo nel nostro ordinamento, e tuttavia un buon punto di partenza (si pensi ad un aggiornamento delle suddette normative di settore e almeno ad una agevole riforma dei vigenti artt. 62, n.

6, seconda parte, e 163 ss. Cod.Pen., che possono essere potenziati prevedendo l'innesto degli strumenti *lato o stricto sensu* riparativi, ora articolati nel *probation* processuale) per tentare un contemperamento meno violento delle esigenze di ristoro e assicurazione della collettività, ma soprattutto della vittima, con il rispetto della dignità umana dell'autore del reato, condizionandone/limitandone le libertà in termini strettamente e, per quanto possibile, costruttivamente rapportati alla tutela di dette esigenze. Un "antidoto", il migliore allo stato si ritiene, per gli "effetti paradossi" del diritto penale/*pharmakon* della violenza. Sulla pena che, proprio come ogni *pharmakon*, può curare solo intossicando, si leggano le brillanti pagine di E. Resta (in particolare, *La certezza e la speranza*, Laterza (1992), pp.23-36 e *Il diritto fraterno*, Laterza (2002), pp. 89 e ss.), pur fortemente critico sulle strategie riparative in ambito penale.

⁹ "Snaturante", beninteso, non vuol avere nulla di ontologico, né così evocare sterili contrapposizioni tra chi crede e chi non crede in un qualsivoglia "ente" in ambito giuridico, incluso «il procedimento di giustizia riparativa»: le posizioni possono essere *contrarie*, mai *contraddittorie*, e possono giungere, ferme talune garanzie, a punti di convergenza mobili, affidati ad una ragionevolezza che si adatti ai diversi contesti. In proposito soccorrono le magistrali parole di un grande storico del diritto, Riccardo Orestano, in *Edificazione del giuridico*, Il Mulino (1989), pp. 333 e 334: «L'uscita dalla mistica di ogni ontologismo segna un nuovo modo di operare del pensiero di molti giuristi e con esso l'ingresso in una nuova dimensione storica, il post-moderno [...] non si fa questione di valori [...] si intende soltanto dire che la via per affermarli non è più quella tradizionale della *ontologia* [...] Ormai di ogni costruzione giuridica [...] va rivista la legittimità sotto una nuova luce, che è quella di una [...] esplicitata e vagliata utilità funzionale a regolare la vita di una collettività di uguali».

¹⁰ Pur distinguendo, seppur *in nuce*, tra riparazione etero-diretta (come onere/obbligo previsto dalla legge penale) e «giustizia riparativa», la Raccomandazione sembra preannunciare l'idea che non è del tutto vero che «non si può far sì che ciò che è stato fatto non sia accaduto» (con le parole tratte dal *Protagora* di Platone, peraltro a sostegno della irrazionalità di una punizione per l' «ingiustizia passata»), sulla base di una visione puramente "oggettiva" del fatto, tutto conchiuso nel passato e così inflessibile: il fatto può essere riparato, e quindi in qualche modo *dis-fatto* (*infectum*), con possibili riflessi in ordine alla modulazione della sofferenza punitiva a fronte di meno forti aspettative di verità e giustizia di una vittima che sia ristorata. Insomma, sembra suggerire il Consiglio d'Europa già nel 1985, l' *an* e il *quomodo* (in relazione alla gravità del reato e/o a particolari esigenze di prevenzione speciale) della pena non possono che dipendere da un «serio sforzo ripartivo», con ritorno all' origine della parola *pena*. Ci ricorda infatti U. Curi, in *Diritto penale minimo* (a cura di U. Curi, G. Palombarini), Donzelli (2002), pp. 408 ss., che *poinë*, da cui *pena* deriva, è inizialmente qualcosa che viene dato «in compenso», come «ricambio» di qualcos'altro, sulla base di una presupposta equivalenza fra i due termini che compongono la relazione, esprimendo così allo stesso modo la ricompensa e la punizione. In tempi successivi l'ambivalenza del termine si consoliderà nel momento in cui, soprattutto nelle lingue neolatine, la parola assumerà anche il senso di «dolore».

¹¹ Cfr. *Punire mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli (2009), ove, nella nota introduttiva dei curatori G. Fiandaca e C. Visconti, si chiarisce, con efficace sintesi, come l'idea della riparazione-mediazione sia «presente nelle società umane sin dai tempi storicamente più risalenti; ed essa potrebbe essere considerata sia una costante antropologica nel suo nucleo significativo essenziale, sia una variabile culturale per le differenze di volta in volta riscontrabili nelle sue forme storiche di realizzazione».

¹² Per una più disamina più argomentata, e soprattutto per un rinvio alle fonti ivi proposte, rimando ad un mio risalente studio: *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in C. e R. Brutti (a cura di), *Mediazione, Conciliazione, Riparazione - Giustizia penale e sapere psicoanalitico*, Giappichelli (1999).

¹³ Non si può che segnare il passo sull'insuperabile riflessione di Eschilo. Ricordiamone lo scenario: il contrasto, occasionato dal matricidio di Oreste, tra gli dei vecchi e i nuovi, metafora dei grandi pensieri da cui gli uomini *mythophiloi* sono ispirati, ed in particolare tra le Erinni ed Apollo. Ebbene, Atena, pur incline alle ragioni di Oreste, ne rimette la sorte all'Aeropago, ai giudici umani, che lo assolvono, ma con un voto pari, rivolto anzitutto agli dèi in conflitto - nei loro opposti schieramenti approvati e disapprovati-, anch'essi

comunque sottoposti ad una nuova Dike: la incontrovertibile, “necessaria” verità del *tutto*, con cui questa governa il conflitto intrinseco al divenire di ogni cosa, è dunque più forte dell’enigmatico sapere degli dei che si immedesimavano nelle singole *parti*. Ed è particolarmente significativo che, dopo la pacificazione tra gli dei per cui strenuamente si spende, Atena accompagna le Erinni vendicatrici nella loro sotterranea nuova sede, così conservandole alla sua città, ma con propiziatrice onomastica antifrasi e *obbligo di dimora*: ovvero, non si rinuncerà a punire le prevaricazioni che cadenzano inevitabilmente il divenire, ma è interdetta una punizione che esprima la volontà particolare e arbitraria del vendicatore. Da allora la storia dei sistemi penali è quella di una difficile differenza tra la tradizione mitico-sacrale e il nuovo mondo del *logos*, di cui peraltro si già è annunciato il tramonto, ma non con la stessa audacia prospettica di Eschilo. Sull’ «archeologia della scena giudiziaria», si legga A. Garapon, *Del giudicare*, Raffaello Cortina Editore (2007), pp. 173-199; per un’analisi filosofica della trilogia, si rimanda il lettore volenteroso a E. Severino, *Il gioso*, Adelphi (1989).

¹⁴ È da «Dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria che si mutua questa efficace locuzione.

¹⁵ Questo è sinteticamente il tradizionale scenario espulsivo della vittima, *ab intra*, ovvero muovendo da una concezione “pura” della giustizia penale in cui la vittima sarebbe sostanzialmente intrusa quanto la sua riparazione, ma non sono mancate anche istanze in tal senso mosse da una opposta esigenza di non contaminazione. Cfr. E. Resta, *Fiducia nella Giustizia*, in «Minori Giustizia» 1996, pp. 68-71: bisogna «lavorare per le riconciliazioni e per soluzioni non punitive, ma nella comunità» e «pensare in termini di codice affettivo ma prima e fuori del codice del diritto», sul rilievo che «la fiducia [...] non può essere inserita in contesti di strategie punitive».

In linea, M. Pavarini, *Lo spazio della sicurezza comune*, in AA.VV., «Dare un posto al disordine. Sicurezza urbana: vittime, mediazione e riparazione», Ed. Gruppo Abele (1995), in particolare pp. 10 s. e 28, per il quale può contribuire ad una «diversa costruzione sociale del panico» anche «l’esperienza originaria della mediazione sociale», «attraverso l’utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti», che invece, incluso nel sistema della giustizia penale, rischia di essere «omologato a quello sempre più ricco della pena»: così M. Pavarini, *Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), «La mediazione nel sistema penale minorile», Cedam (1998), pp.15 e ss.

Sul tema, con il realismo imposto dal tempo presente, cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura*, Feltrinelli (2013), in particolare pp. 11-18, 169 s., 195 ss..

¹⁶ Al posto di una vendetta selvaggia della vittima, la razionale, proporzionata retribuzione del giudice. L’apice di questa costruzione sembra raggiunto dal classico insegnamento di Francesco Carrara, per il quale il fine della pena è «il ristabilimento dell’ordine esterno nella società» (il delitto vulnera il senso di sicurezza collettivo, anche in prospettiva, con lo «malo esempio») e non la prevenzione (speciale o generale, negativa o positiva), né che «l’offeso sia vendicato», queste solo conseguenze morali «accessorie» del «male della pena», che ne sarebbe «snaturata» ove fossero concepite come suoi fini ulteriori.

Paiono curiosamente consonanti le pagine assai suggestive di Nietzsche, in *Genealogia della morale*, Adelphi (1984), pp. 62 ss., che, pur su tutt’altro versante e *more lirici*, polemizza con chi sostiene che nella vendetta, *sentimento di reazione*, sia da ricercarsi la terra natale della giustizia, che, invece, *affetto attivo*, strappa «alle mani della vendetta l’oggetto del *ressentiment*», per impedirla e porre al suo posto «la lotta contro i nemici della pace e dell’ordine», anche e soprattutto stabilendo la legge, a partire della quale ha senso parlare di «diritto e torto», di cosa sia bene e cosa sia male.

Ma ci sembra più realistico, oltre che conforme al comune sentire anche nell’esperienza contemporanea, il pensiero di René Girard, in *La violenza e il sacro*, Adelphi (1992), p. 32: il sistema giudiziario «non sopprime la vendetta: la limita ad una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a una autorità suprema e specializzata nel suo campo», le cui «decisioni si impongono sempre come l’ultima parola della vendetta [...] Nel sistema penale non vi è alcun principio di giustizia che differisca realmente dal principio di vendetta. È il medesimo principio ad agire nei due casi, quello della reciprocità violenta, della retribuzione. O tale principio è giusto e la giustizia è già presente nella vendetta, oppure non c’è giustizia in nessun caso».

Peraltro, ad una visione storicistica, che vuole la vendetta selvaggia e inquinata dall’odio, superata dalla pena, misurata e senza passione, s’oppone, con profonda consapevolezza antropologica, G. Così, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè (2007), pp.133 e ss., per il quale è con la riparazione che la

vendetta ha in comune meta (accordo che assicura il pericolo di esiziali reazioni a catena) e metodo (valorizzazione della vittima, reciproco riconoscimento), una vendetta mai abbandonata alla sola volontà del gruppo familiare, ma seguita dalla comunità ed a buon fine se da questa approvata: la sua ritualizzazione incanala e controlla, da un lato, la pulsione aggressiva e, dall'altro, vincola le parti in uno schema di reciprocità positiva che introduce la possibilità della riconciliazione e della pace sino alla eliminazione di ogni compensazione violenta.

¹⁷ La dignità della persona è il «punto archimedeo» di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri, secondo la efficace, geometrica metafora di G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it.*: «la posizione suprema della dignità in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui non è possibile stabilire una gerarchia tra i diritti fondamentali – tra i quali occorre sempre ricercare un bilanciamento (sentenza Co.Cost. n. 85 del 2013) – conduce alla conseguenza che essa non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità». Il tema è acriticamente approfondito da M. Ruotolo, *Dignità e Carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli (2014).

Si vuol qui solo aggiungere che il rispetto della dignità umana del detenuto (*rectius*, forse, «il rispetto della persona umana», della persona reclusa), soprattutto, ma anche della persona indagata, imputata e del condannato in espiazione di una pena *extra moenia* – rispetto che, spesso, nei fatti ancora non incontra i principi costituzionali –, è strettamente connesso con quello della dignità della vittima, che oltre ad essere paritetica a quella dell'autore, può far da volano per l'interiorizzazione collettiva dei principi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 27 della nostra Costituzione.

¹⁸ La Direttiva chiede più rispetto delle condizioni ed esigenze della vittima ed una sua protezione da rischi di ulteriore vittimizzazione «in tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio», rivolgendosi a tutti gli operatori coinvolti, non solo della giustizia riparativa, ma della polizia, della giustizia, finanche dell'assistenza (considerando 9).

¹⁹ «La natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, 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» possono pregiudicare «l'esito positivo del procedimento» di riparazione (considerando 46 della Direttiva). Più in generale (ma con riflessi anche per ciò che concerne ai servizi di giustizia riparativa), ed in relazione a talune astratte categorie di vittime, sono dettate norme minime che impongono particolare sensibilità e attenzione, come ad esempio le vittime minorenni, disabili, del terrorismo, di violenza di genere e nelle relazioni strette.

Già la citata Raccomandazione del 1999, all'art. 15, pur in estrema sintesi, evidenziava la necessità di prendere in considerazione, prima di decidere l'invio alla mediazione, «le disparità evidenti concernenti taluni fattori quali l'età, la maturità o la capacità intellettuale delle parti»; seguita dalle Linee Guida (Cepej) Strasburgo, il 7 dicembre 2007, che includevano tra i temi di particolare rilievo e delicatezza quello degli «squilibri di potere tra vittime e rei» (§ 16).

La Direttiva va oltre, pone condizioni rigorose per evitare detti «squilibri» e non affida alla perizia dei soli operatori dei servizi di giustizia riparativa il compito di governarli, fermo restandone il compito di garantire che il percorso, pur così previamente filtrato, sia costantemente rispettoso delle specifiche esigenze della vittima, anche con deroghe alla riservatezza (cfr considerando 46, ult. periodo).

²⁰ Una certa propensione a letture frenanti, per così dire, del nostro – non più settoriale – vocabolario *gius-riparativo* può dipendere anche dal fatto che questo si sia svelato un poco alla volta, ed ogni suo più o meno afferente istituto ne sia stato sfigurato, alterato, in quanto isolato dalla struttura concettuale di riferimento, e introdotto sbrigativamente nella pervasiva semantica del linguaggio giuridico.

La Direttiva costituisce oggi un vero e proprio “statuto della vittima” nel processo penale, al quale possono ancorarsi d'ora innanzi anche i passati e, si teme, futuri ingressi puntiformi di tratti di giustizia riparativa.

²¹ Cfr. R. Flor e E. Mattevi, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2012. Nella rivista sono peraltro pubblicati altri pregevoli saggi sul tema e sulla Direttiva in esame.

²² Come peraltro è del tutto fisiologico, sul rilievo che la opportunità/giustizia di un risposta nuova (come quella della giustizia riparativa in ambito penale, ma l'osservazione va ben oltre il tema specifico) non può essere intesa come un semplice e statico dato, ma come un atto dinamico, mai concluso, attraverso cui avviene il riconoscimento delle inevitabili cattive prassi. Come la verità (forse) raggiunta è debitrice dei molti percorsi sbagliati, così una corretta giustizia è la negazione del suo contrario, da cui muove, ma che così include.

²³ Sulla categoria cfr. G. Kaiser, *Criminologia*, Giuffrè (1985), pp.119-120, 305, 313, ove si evidenzia riguardo alla criminogenesi come sia cruciale «l'esistenza o meno di una conoscenza personale tra autore e vittima al momento della commissione del delitto» e che «un rapporto di conoscenza di tal genere si rinviene più facilmente nei delitti contro la persona e nei reati sessuali che non in quelli contro la proprietà e il patrimonio [...] fatta eccezione per l'estorsione. Per questo, per una parte dei casi sopra menzionati, si parla di c.d. delitti di relazione. In genere, si tratta di fatti caratterizzati da un conflitto in atto tra autore e vittima». L'illustre criminologo soggiunge: «Sovente, la vera motivazione dell'omicidio può essere ricondotta solo al particolare rapporto tra l'autore e la vittima. Le uccisioni di soggetti del tutto estranei si verificano, a quanto consta, solo in una esigua percentuale di casi [...] ragion per cui per gli omicidi dolosi si giunge addirittura a parlare di delitti *a carattere familiare* ».

In paradossale contraddizione con lo stereotipo invalso nell'immaginario collettivo dell'aggressore estraneo, elettivamente straniero e, se non basta, clandestino e di colore, può essere utile qui anche rammentare che da un rapporto della Organizzazione Mondiale della Sanità, su 80 paesi nel mondo, risulta che la metà delle morti violente che si verificano ogni anno sono dovute a suicidi, mentre la maggior parte degli omicidi sono commessi all'interno dei nuclei familiari e solo un quinto delle morti è causato da guerre. Cfr. *World Report on Violence and Health, World Health Organization Publication*, Ginevra, 2002. Peraltro, gli omicidi in famiglia, nella esaustiva combinatoria dell'Orestea, come abbiamo già ricordato, sono alla mitica origine del più antico tribunale di Atene.

²⁴ Cfr. anche il considerando 38.

²⁵ Quest'ultimo passaggio, particolarmente perspicuo, è stato insuperabilmente scrutato da Sigmund Freud in un saggio del 1919 (*Das Unheimliche*), che, (anche) muovendo dalla parola tedesca *unheimlich/perturbante* – costituita dal prefisso «un», negazione di tutto ciò che è *Heim/casa* – osservava che essa non è semplicemente la negazione di *heimlich/familiare*, ma una sorta di sua “genetica” variante, e che, se perturbante è il *non familiare*, ancor più *perturbante* è l'avvederci che un evento *non familiare* proviene proprio dalla *casa*.

²⁶ L'intervento di un «servizio di giustizia riparativa» è tanto più efficace quanto meno le parti siano affette da meccanismi difensivi, che tendono a cristallizzarsi nel prosieguo del procedimento e a maggior ragione durante l'esecuzione della pena.

²⁷ Se il nostro codice di procedura penale configura, nel Titolo I del Libro IV, agli artt. 282 *bis* e *ter*, specifiche misure cautelari coercitive, il codice civile prevede, nell'ambito del Libro I Titolo IX bis, «ordini di protezione contro gli abusi familiari», costituiti dall'allontanamento e dal divieto di avvicinamento – sostanzialmente (anche se non co-estensivamente) gli stessi adottabili con le suddette misure cautelari –, che però il giudice civile può, con lungimiranza, emanare unitamente alla disposizione, ove possibile, dell'«intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione».

In proposito, è forse interessante evocare una pronuncia del 2011 della Corte di Giustizia dell'UE che si è espressa sull'interpretazione della Decisione Quadro del 2001 in materia di violenza domestica, in relazione ad un conflitto tra la volontà delle vittime di riprendere il rapporto di convivenza con gli autori di reato e le disposte misure giudiziarie di divieto di contatto con gli stessi/di allontanamento (seppur pene accessorie nel caso di specie – da uno a cinque anni oppure da sei mesi a cinque anni, tenendo conto delle concrete

circostanze –, e non provvedimenti cautelari). Ebbene, sulla premessa che la tutela penale contro gli atti di violenza domestica garantita da uno Stato membro esercitando il proprio potere repressivo è volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì parimenti altri interessi più generali della collettività, la Corte si è pronunciata per la conformità della normativa interna con il diritto dell'Unione, riconoscendo agli Stati membri discrezionalità nell'individuare le tipologie di reato a cui è possibile applicare la mediazione, ed in particolare ritenendo conforme la scelta dello Stato membro remittente di escludere il ricorso alla mediazione per tutti i reati commessi nell'ambito familiare, purché sorretta da criteri oggettivi: si veda, da ultimo, A. Pisapia, *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in «Cassazione Penale», fasc.5, 2014. A mo' di ellittico commento, una citazione di Jacques Derrida: «Il diritto non è la giustizia. Il diritto è l'elemento del calcolo, ed è giusto che vi sia diritto, ma la giustizia è incalcolabile, esige che si calcoli con l'incalcolabile». La citazione si trova, con perspicuo commento, in G. Mannozi e G. A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», fasc.1, 2014.

²⁸ Il c.d. delitto di relazione è l'ambito elettivo della mediazione, che ridà alle parti quella parola che spesso, prima del passaggio all'atto aggressivo e poi nel processo, è soffocata (è nota la similarità etimologica, che qui non si può che affidare all'intelligenza del lettore, tra il decidere/*de-caedere* e l'uccidere/*ob-caedere*, dove il *caedere* è appunto il rompere/colpire sino a separare ciò che era unito): gli eventi in causa sono il prodotto di un intreccio diacronico di variegate responsabilità, spesso a parti inverse, e coloro che in vario modo ne sono travolti possono cogliere, in un contesto mediativo contenitivo, accogliente e riservato, sollecitazioni a riconoscere la propria parte, elaborando le precedenti difensive falsificazioni della realtà. Solo così diviene praticabile un percorso che consenta di ispirare responsabili «azioni di riparazione» ed eventualmente di *riconciliazione*: questa, lontana da facili irenismi, va intesa come impegnativa ripresa del *dia*-logo tra persone che possano riconoscersi differenti senza ostilità, e in tal modo riappropriarsi della propria attiva capacità di ricercare una concordata «risoluzione dei problemi».

²⁹ Ogni processo, per questa tipologia in particolare, ne genera spesso altri, magari a parti inverse, con innumerevoli «spostamenti» rispetto agli «oggetti del desiderio» di volta in volta contesi. E così il sistema penale non può che contribuire al conflitto, sino al punto che esso – dimentico degli «oggetti» – si sublima in pura rivalità, che più si è prossimi più si autoalimenta, in pericolosissima *escalation* simmetrica. Per comprendere questa dinamica, può essere utile la visione del film di Ridley Scott, *I duellanti*, basato sul racconto *The Duel* di Joseph Conrad, acutamente chiosato da E. Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerrini (2001), pp.32-34: «I duellanti sono il modello più tipico di attori di un conflitto che costruiscono la loro identità sulla base dell'esistenza del rivale; ne dipendono costitutivamente». Il giudice non può decidere questi conflitti fortemente identitari ed affettivi, apparentemente indotti da motivazioni razionali o da interessi: la vera ragione del conflitto giudiziario non è un diritto controverso, *epifenomeno*/schermo mobile, ma è semplicemente la *controparte*.

³⁰ Sul suggestivo rilievo dato alla natura relazionale della contesa nel mondo antico, cfr. G. Zagrebelsky, *Il Crucifige e la democrazia*, Einaudi (1995), pp. 25 e ss.: non alla vendetta ma al pentimento dell'avversario ed alla conseguente riparazione del danno/riconciliazione mirava il *rib* o *riv*, procedimento arcaico, che ancora al tempo di Cristo s'esperiva in Israele ed al quale si ricorreva quando «i contendenti fossero stati amici o fossero legati da un rapporto vitale». Solo ove i contendenti fossero stati estranei si inscenava il *mishpat*, analogo al nostro processo, con le parti davanti a un giudice imparziale col compito di compensare con la condanna l'eventuale torto.

³¹ È ormai oggetto di *vulgata* mediatica ciò che la vittima può ottenere dal processo penale in questi casi: se non prima prescritto il reato, un eventuale giudizio di riprovazione di una condotta ormai appartenente al passato remoto, con una pena esigua di norma sospesa.

³² Cfr.§.9: «La decisione di rinviare un caso alla mediazione penale, nonché la valutazione dell'esito di una procedura di mediazione, dovrebbero essere di esclusiva competenza del potere giudiziario»: qui, quanto all' *invio*, siamo tuttavia nel *limem* più che nel *limes*, ma si rimanda il problema ad un prossimo paragrafo.

³³ Questa prospettiva è anticipata dalla Raccomandazione (2006)8, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2006 «sull'assistenza alle vittime dei reati», ove, pur tenuto conto dei «potenziali benefici della mediazione», di cui alla precedente R(99)19, la si riguarda dal punto di vista della vittima, il cui interesse va attentamente valutato, «nella sua globalità e con prudenza», sia al momento dell'invio, che nel corso di questo servizio di giustizia riparativa, considerandone «anche i potenziali rischi per la vittima»: cfr. §.13.

³⁴ Come si è già ampiamente illustrato con particolare riferimento al considerando 46 ed all' art. 12.1.a.

³⁵ Con riferimento alla relazione vittima/autore, è evidente che la partecipazione dell'autore del reato ad un percorso di giustizia riparativa sia apprezzabile, pur per dettato normativo interno, ai fini del «trattamento rieducativo» «tendente» al «reinserimento sociale», preparato anche «attraverso i contatti con l'ambiente esterno» (art. 1 Ord. Pnt.). Appare evidente che «l'ambiente esterno», almeno quello di riferimento, ove direttamente apprezzi la concreta responsabilizzazione verso la vittima del condannato, può disporsi alla sua accoglienza con maggior fiducia rispetto a quella che può riporre nelle «scientifiche» verifiche reo-centriche, affidate poi alla *certezza* prognostica del giudice. L'azione riparativa può dare un contributo, anche *simbolico*, decisivo nella decostruzione dello *stigma* intrinseco alle codifiche social/normative di «condannato» e «detenuto», e di grave ostacolo alla ricostruzione del legame sociale, oltre che potente fattore di recidivanza. Si rinvia sullo *stigma* alla finissima analisi di E. Goffman, *Stigma, L'identità negata*, Laterza (1970).

³⁶ La valenza responsabilizzante di un intervento di giustizia riparativa può incidere sui fattori criminogenetici in vista di un probabile contenimento del rischio di recidiva, ma ragionevolmente solo *specificamente* – e massimamente nei *delitti di relazione*, per gli argomenti già esposti –, se si condivide la brillante osservazione epistemologica di Gregory Bateson, che segnala la confusione dei *tipi logici* che affetta il tentativo di «eliminare la *delinquenza* con la punizione di alcune parti di quelle che consideriamo azioni criminose»: cfr. G. Bateson, *Mente e natura*, Adelphi (1988), pp. 168 e s.; sulla *teoria dei tipi* in generale, G. Bateson, *Verso una ecologia della mente*, Adelphi (1988), pp. 304 e ss..

³⁷ Le Linee-guida CEPEJ (§§. 17-18) riprendono il tema della «confidenzialità», che garantisce l'effettiva libertà di scambio (anche in termini veritativi), condizione essenziale per un esito positivo dell'incontro, e ne auspicano una disciplina con legge, che ne preveda deroghe ma in chiave di *extrema ratio*. Finanche il legislatore italiano se ne è occupato all' art. 29, comma 4, del succitato D.L.vo 274/2000 sulla competenza del giudice di pace, testo in cui esordisce il termine (ma poco altro) *mediazione* nel nostro sistema penale.

³⁸ Cfr. l'art. 6 dei Principi di Base sull'impiego di Programmi di Giustizia Riparativa in materia penale (Vienna 2000).

³⁹ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano (1999), p.189.

⁴⁰ Già richiamato nella nota n. 3.

⁴¹ «L'esito positivo del periodo di prova» corrisponde essenzialmente alla inverata prognosi di cui al comma 2 dell'art. 47 cit. In termini più espliciti, si ha esito positivo quando il provvedimento di ammissione alla misura dell'affidamento, anche attraverso le sue individualizzate prescrizioni, ha contribuito alla rieducazione del condannato, e questi non ha commesso altri reati. Conferma indiretta dell'assunto si può cogliere nella sentenza della Cassazione n. 10433 del 2005, che rileva come, ove la misura sia stata particolarmente soddisfacente, ovvero in costanza di prova di un «concreto recupero sociale desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità», l'affidato – al termine del percorso (anche tale prova aggiuntiva «postula evidentemente una valutazione globale, non essendo ontologicamente configurabile un concreto recupero a semestri») – conseguirà l'estinzione di una pena anche abbreviata, secondo quanto disposto dal comma 12 bis, inserito nell'art. 47 Ord.Pnt. con Legge n. 277 del 2002.

⁴²La legge n.354 del 1975 si ispira al cosiddetto *paradigma eziologico*: trattamento rieducativo, tendente al «reinserimento sociale» e adeguato «ai particolari bisogni di ciascun soggetto» in relazione alle «cause del disadattamento» rilevate nell'«osservazione», «svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive» (art. 15), della partecipazione all'azione educativa della comunità esterna (art. 17).

⁴³Cfr. G. Mannozi, *Commento a Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5* — Pres. Pavarin — Imp. M.O., in «Diritto penale e processo», 7/2012, pp. 838 e ss.

⁴⁴ All'offerta di un percorso di riflessione/riparazione si potrebbe obiettare che, per eterogenei *ostacoli* soggettivi e/o oggettivi, non tutti i condannati (lo stesso discorso vale oggi anche per gli imputati) possono intraprenderlo o proseguirlo. Ma, anzitutto, si può osservare che un tal rilievo critico si pone anche con riguardo alle tradizionali «offerte di intervento» rieducativo configurate dal nostro Ordinamento Penitenziario, che ineluttabilmente, come l'intero sistema penale, non può che riflettere la disuguaglianza delle condizioni, per farsene carico tardivamente e solo parzialmente. Occorre peraltro rilevare, in generale, che la partecipazione ad un «un procedimento di giustizia riparativa» è solo una delle possibili «azioni di riparazione» (certo la più complessa e, si reputa, significativa) che il giudice può apprezzare in vista di epiloghi estintivi o mitigativi della pena, perché altrimenti l'autore del reato rimarrebbe privo dell'opportunità sia in caso di indisponibilità/irreperibilità della vittima individuale, che nel caso di commissione di c.d. reati senza vittima.

⁴⁵ Sul tema, rinvio alle considerazioni svolte in «L'Eco» dell'ISSP (citato in nota n° 3), n. 1 del gennaio 2013, *sub* «Le problematiche motivazioni alla riparazione nell'esecuzione della pena», evidenziando sin d'ora che occorre “vedere”/accettare anche l'atteggiamento strumentale per quel che può trarsene di costruttivo: questo metodo esige *lavoro* sulla motivazione. Sottrarre, invece, il percorso riflessivo/riparativo alla inevitabile ambivalenza, per farne un *valore tutto positivo* se motivato dal farsi carico delle conseguenze del fatto, disgiunto dal suo correlato *tutto negativo* di una adesione ad esso volta al “beneficio”, non può che far perdere vitalità ad una partecipazione così privata di un vivificante scambio di senso con il suo contrario: in tal modo, da un lato, inducendo decisioni cognitivamente inaffidabili in chi deve proporre un «procedimento di giustizia riparativa» o valutarne la fattibilità (non v'è metodologia professionale idonea a certificare la purezza della motivazione a riflettere sul reato ed alle possibili azioni riparative, ma al pari della motivazione a qualsiasi altra «opera rieducativa»), dall'altro viepiù venando di ipocrisia antieducativa l'adesione al percorso.

⁴⁶ Solo dopo questa «riflessione», che è uno dei possibili percorsi rieducativi, può esser sondata la disponibilità della vittima: il contatto non va lasciato a prescrizioni dal giudice rivolte al condannato, e tantomeno ad iniziative dello stesso, ma attivato, da parte dell'*equipe* del trattamento o dall'UEPE, tramite un centro pubblico o privato di giustizia riparativa presente sul territorio. Va da sé, infatti, che la vittima, dopo molti anni dal fatto, magari con conseguenze gravi e permanenti, incluso il lungo e non piacevole *iter* processuale, può non esser proprio desiderosa di un contatto con l'autore del reato, a maggior ragione se non esperito con le più rispettose e adeguate modalità.

⁴⁷ Presupposto e condizione stabiliti, rispettivamente, nel primo e quarto comma del (concettualmente e dunque lessicalmente) datato art. 176 del codice penale. In particolare, il «sicuro ravvedimento», desumibile dal «comportamento» tenuto dal condannato durante l'esecuzione della pena, formula introdotta dalla L. n. 1634 del 1962 in luogo della precedente «prove costanti di buona condotta» di impronta meramente disciplinare, costituisce il presupposto fondamentale della *liberazione condizionale*, istituto (già presente nel Codice Zanardelli) poi assimilato alle successive «misure alternative» alla detenzione, in stretta correlazione con il principio della funzione rieducativa della pena (Corte Cost., 20 luglio 2001, n. 273), come modulato dalla Legge n.354 del 1975.

⁴⁸ Tale «indice», *in nuce* nella relazione del Ministro della Giustizia al progetto di riforma dell'art. 176, è valorizzato dalla Corte di Cassazione già con ordinanza n. 2137 del 20.12.1975, che ritiene particolarmente significativi ai fini della pur complessiva valutazione del «ravvedimento» «l'interessamento nei confronti

delle vittime dei delitti commessi, il fattivo intendimento di ripararne le conseguenze dannose». Tali formule sono spesso adottate in successive pronunce – pur antecedenti la sentenza della Consulta –, talvolta associate ad uno scivoloso lessico di carattere morale-religioso, in particolare alla coppia *pentimento/perdono* (cfr., sul *pentimento*, Cass. n. 1699 del 29.5.1985 e n. 3363 del 15.10.1990 e, sul *perdono*, Cass. n. 2433 del 5.11.1984), termini che, almeno dagli anni ottanta (cfr., ad es., Cass. n. 3203 del 7.10.1986), si alternano o intrecciano con la più laica espressione «revisione critica», ma questa variamente/vagamente riferita al «passato»/alla «vita anteatta»/ ai «comportamenti antisociali/ai trascorsi delinquenziali»/alle «scelte criminali», talvolta ritenuta bisognosa del riscontro del successivo «fattivo interesse per le persone offese dal reato» (cfr. Cass. n. 1635 del 13.4.1992).

In merito alla necessità del riscontro, articolando quanto anticipato in sede di commento all'art 27 Reg. Pnt., si può osservare che la «revisione critica» conclude l'opera rieducativa tradizionalmente intesa, ma nel contempo, sulla base dell'aggiuntiva eventuale «riflessione sulle possibili azioni riparative», apre lo spazio ad un «servizio di giustizia riparativa», il cui epilogo positivo può essere valutato quale sicuro indice della compiuta «revisione», in sede di rigoroso scrutinio della prova del « sicuro ravvedimento».

⁴⁹ Così, per tutte, Cass. n. 1369 del 9.5.1988, che, sulla premessa del «prevalente aspetto soggettivo» della condizione dell'adempimento delle obbligazioni civili, configura l'interessamento verso la vittima, inteso a lenire le conseguenze della condotta criminosa, come alternativa all'impossibilità di far fronte alle obbligazioni civili.

⁵⁰ Cfr. Cass. n. 7248 del 20.12.1999, per la quale possono essere valutate «le manifestazioni di effettivo interessamento dello stesso per la situazione morale e materiale delle persone offese dal reato e i tentativi fatti, nei limiti delle sue possibilità, di attenuare, se non riparare interamente i danni provocati», e nei suddetti limiti, precisa poi Cass. 1.3.2000, n. 1541, rientra «l'indisponibilità [...] ad accettare» le azioni riparative da parte della vittima, nel «rispetto della personale riservatezza e delle autonome decisioni di questa».

⁵¹ La cui interpretazione, assunta dal rimettente Tribunale di sorveglianza in termini di *diritto vivente* e così oggetto del giudizio della Consulta, qui si ripropone testualmente, per il seguente raffronto con la successiva giurisprudenza di legittimità: «Il sicuro ravvedimento previsto dalla legge quale condizione necessaria per la liberazione condizionale non può identificarsi in una normale buona condotta del condannato, occorrendo invece comportamenti positivi e sintomatici dai quali poter desumere in termini di ragionevole certezza l'avvenuto abbandono delle scelte devianti che lo avevano indotto a delinquere, così da far apparire non più necessaria l'ulteriore espiazione di pena. Sotto tale profilo, assume particolare significato la fattiva volontà del reo di eliminare o attenuare le conseguenze dannose del reato. Pertanto, anche in caso di impossibilità materiale da parte del condannato di adempiere alle obbligazioni civili derivanti dal reato, ai fini della concessione del beneficio, devono essere particolarmente valutate sotto il profilo soggettivo le manifestazioni di effettivo interessamento dello stesso per la situazione morale e materiale delle persone offese dal reato ed i tentativi fatti, nei limiti delle proprie possibilità, di attenuare se non riparare interamente i danni provocati [nel caso di specie, il condannato, nonostante l'attività lavorativa remunerata svolta in regime di semilibertà, mai aveva manifestato alcun comportamento denotante interesse o senso di solidarietà per i famigliari delle vittime]».

⁵² Chiarisce la Corte, mai evocando la coppia *pentimento/perdono*, come tra i «valori fondamentali della vita in comune» debba «evidentemente annoverarsi – ed in posizione prioritaria – la *solidarietà sociale*, la quale richiede l'adempimento di doveri che l'art. 2 della Costituzione definisce inderogabili». Spunto cruciale quanto, a mio avviso, non coltivato. Solo al «senso di solidarietà» fa difatti riferimento, ed in termini generici, la stessa Cass. n. 7248 del 20.12.1999, e di tanto in tanto la successiva giurisprudenza di legittimità, ma solo con riferimento alle convalidate argomentazioni delle ordinanze concessive del beneficio (cfr. Cass. n. 18022 del 2007 e n. 9001 del 2009, ove, seppur *de relato*, si valuta come «indice di non indifferenza per il valore fondamentale della solidarietà sociale» «l'iniziativa di avviare con i parenti di alcune delle vittime rapporti epistolari»).

L'espresso riferimento della Consulta all'art. 2 della Costituzione, sembra evocare le illuminate pagine di Franco Bricola, *Teoria generale del reato*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1974, 1974,

per il quale la funzione rieducativa della pena, di cui peraltro ben pone in luce la problematica convivenza con il pluralismo, solo «in un Paese socialista assume o dovrebbe assumere un contenuto più univoco, data l'omogeneità dei valori della società, di quanto non avvenga nei Paesi occidentali [...] ove la non omogeneità della società finisce per dilaniare ed esaurire il concetto di rieducazione fra gli opposti poli dell'emenda in senso cattolico e del reinserimento sociale in chiave marxista» (p. 36). Nel tentativo di superare «la molteplicità di contenuti che[...] sono attribuiti dagli interpreti alla rieducazione», l'illustre Autore propone che «si dia al concetto una propria autonoma e oggettiva dimensione costituzionale» (p. 11), definendola «come tendenza[...] a dare o ridare al reo una sensibilità per i valori costituzionali offesi» (p. 17).

In senso critico, ma senza alternative, L. Ferrajoli. *La separazione tra diritto e morale*, in *Problemi del socialismo*, 1985 (2), 160, che ha voluto scorgere in tale elaborata ricostruzione (doverosamente ancorata alla nostra vigente, imprescindibile Carta Costituzionale) «una sorta di costituzionalismo etico», ovvero una «sacralizzazione dei valori costituzionali siccome tali assolutizzati e interiorizzati come specifica ideologia giuridica progressista»: muovendo da premesse giuspositivistiche si tenderebbe così a «fondare sul diritto positivo, assunto come fatto sovra-politico poco meno che naturale, una specifica etica statale». Un punto di incontro tra i due autori è tuttavia acutamente scorto da M. Ruotolo, *op.cit.*, p. 55: «la Costituzione, anziché come *mero limite* [...] intesa come *fondamento della pena e del diritto penale*, che trova espressione nel principio del diritto penale come *extrema ratio*». Solo attraverso una meditata *legittimazione* costituzionale della *legalità* penale si può tentare di arrestare il gigantismo che l'affetta, che ha contribuito a paralizzare il sistema, smarritosi in un «vicolo cieco evolutivo» come il fagiano argo: metafora che in dettaglio si trova, volendo, in K.Lorenz, *Il cosiddetto male*, Garzanti (1977), pp.56 e s..

Con l'art. 2 della già citata Legge n. 67 del 2014 si è ripreso il percorso della depenalizzazione.

⁵³ Cfr. Cass. n. 26754 del 29.5.2009, n. 43687 del 7.10.2010 e n. 34946 del 17.7.2012.

⁵⁴ Implicitamente: Cass. n. 196 del 10.12.2004 e n. 33302 del 27.6.2013; espressamente: Cass. n. 25982 del 18.5.2005.

⁵⁵ Cfr. Cass.: 24.4.2007, n. 18022; 16.1.2007, n. 3675; 1.2.2007, n. 9887; 15.2.2008, n. 9815; 4.2.2009, n. 9001.

⁵⁶ Condizione innovativa (disponibilità della vittima, con conseguente apertura ad un giustizia riparativa conforme alla Direttiva), espressa *in terminis* in Cass.: 16.1.2007, n. 3675; 1.2.2007, n. 9887; 15.2.2008, n. 9815.

⁵⁷ La distinzione tra rieducazione e prognosi di non recidivanza, se non presente nell'art. 176 c.p, lo è in termini massimamente espliciti nell' art. 47 Ord.Pnt., ove, al secondo comma, si individua un duplice parametro di giudizio: il provvedimento di «affidamento al servizio sociale» è adottato nei casi in cui il provvedimento stesso, da un lato, «contribuisca alla rieducazione del reo» (che l'art. 176 postula già *sicuramente* raggiunta, di cui è indice fondamentale la compiuta «revisione critica»), dall'altro, «assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati», formula sostanzialmente coincidente con quella usata dalla Cassazione in esame. Le implicazioni della differenza dei parametri tra il beneficio ora in esame e gli altri previsti dall'art. 47 L.354, saranno esaminate di qui a poco.

⁵⁸ Cfr. Cass.: 24.4.2007, n. 18022; 4.2.2009, n. 9001; 17/07/2012, n. 34946.

⁵⁹ Cfr. Cass.: 16.1.2007, n. 3675; 1.2.2007, n. 9887; 29.5.2009, n. 26754.

⁶⁰ Cfr. Cass.: 10.12.2004 n. 196; 28.4.2005, n. 23639; 18.5.2005, n. 25982.

⁶¹ All'apice, si veda Cass. n. 26754 del 29.5.2009, sulla quale, anche per altro profilo, a breve ci soffermeremo. Cfr. anche: Cass. n. 34946 del 17.7.2012 (in cui, *a contrario*, una «qualsiasi forma di concreta respiscenza, obiettivamente dimostrativa della seria e univoca volontà di alleviare le sofferenze delle parti offese» è condizione necessaria ai fini di un giudizio di «effettivo ravvedimento»); Cass. n. 43687 del

7.10.2010 («un atteggiamento del soggetto che si limiti a deprecare gli anni trascorsi in carcere, evitando di *rivangare* i fatti passati, se è psicologicamente comprensibile, non integra certo quel positivo comportamento nel quale si sostanzia il sicuro ravvedimento – o avvenuto riscatto morale – voluto dalla legge», che «è cosa diversa da una semplice dichiarazione di provare rimorso per i reati commessi, che si vogliono peraltro dimenticare»; «neutri gli altri elementi posti in rilievo»: insomma, la *taciturnitas* è comprensibile, ma priva del giudice di un elemento di valutazione decisivo ai fini del giudizio in ordine al «ravvedimento»).

⁶² Cfr. Cass. n. 196 del 10.12.2004; Cass. n. 23639 del 28.4.2005, seppur con positivo riferimento alla valutazione del Tribunale di sorveglianza, che, tra gli altri elementi, aveva tenuto conto anche della «resipiscenza» e del «senso di colpa per il reato commesso».

⁶³ Ovvero a ciò che intende la Direttiva per «giustizia riparativa» – con riguardo ad una delle sue più delicate condizioni di accesso: l'ammissione dei fatti essenziali – ed al suo possibile raccordo, nel rispetto delle reciproche esigenze, con il sistema penale, in questo paragrafo in rilievo nella fase esecutiva della pena.

⁶⁴ Si fa riferimento alla già citata Cass. n. 196 del 10.12.2004, che, in premessa, prende le distanze dal «contrastante indirizzo» che «individua quale condizione del ravvedimento l'intervenuta modifica ideologica e psicologica della personalità del condannato, accompagnata da sincero pentimento, dal riconoscimento degli errori e delle colpe, dalla riprovazione dei delitti commessi». L'elenco (come il successivo, che subito si riporta nel testo) sembra frettolosamente accomunare insondabili «atteggiamenti interiori» ad atti ben concreti quali «il riconoscimento dei fatti essenziali», nucleo minimale del reato per cui si è stati condannati e la conseguente riflessione sulle concrete «possibili azione di riparazione», riflessione che, come qualsiasi altra offerta trattamentale, può confluire, con la disponibilità del condannato, nel «programma di trattamento» (art. 27 del Reg. Pnt.) e dar adito, con il consenso della vittima, ad un «procedimento di giustizia riparativa».

⁶⁵ Sul punto, argomenta Cass. n. 33302 del 27.6.2013: «anche al condannato, non soltanto all'imputato» spetta «il diritto di non essere costretto a confessare gli addebiti, perché, diversamente, la prospettiva di accesso alla liberazione condizionale potrebbe indurre a strumentali e non spontanee ammissioni di colpevolezza», peraltro ammettendo che «l'atteggiamento negazionistico, assunto rispetto al reato» può rilevare «quale sintomo di una non compiuta adesione all'opera rieducativa», seppur mai esaustivo della valutazione.

Ma, detto subito che la «costrizione» alla «confessione» evoca un' *autodafé* lontanissimo dal presente per precedenti considerazioni, si può ancora rinviare sulla *strumentalità* alle considerazioni svolte in «L'Eco» dell'ISSP n.1 del gennaio 2013, *sub* «Le problematiche motivazioni alla riparazione nell'esecuzione della pena», già richiamato in nota n. 45.

⁶⁶ Ci si riferisce alla già citata Cass. 29.5.2009, n. 26754, di rigetto del ricorso di una detenuta – in espiazione della pena dell'ergastolo per reati (omicidio ed altri gravi reati) connessi alla sua attiva partecipazione alle *brigate rosse*, ma già in semilibertà – avverso l'ordinanza reietta di domanda di liberazione condizionale. Nella fattispecie, il Tribunale di sorveglianza faceva presente la necessità, ai fini del riconoscimento del sicuro ravvedimento, non solo della sussistenza di «un regolare comportamento» e del buon esito del percorso trattamentale durante la detenzione, elementi questi pur ritenuti provati (anche con riferimento ad un «processo di riflessione, di maturazione interiore e di affrancamento dalla logica del terrorismo»), ma altresì del «pentimento per il dolore causato, il rimorso, che, sebbene attinente alla sfera più intima della persona, doveva necessariamente estrinsecarsi anche in manifestazioni tangibili, in comportamenti esteriormente visibili, dai quali poter desumere la compiuta revisione critica delle scelte criminali passate». Un «pentimento» non dimostrato a giudizio del Tribunale di sorveglianza, che infatti soggiungeva: «il lavoro portato avanti dalla richiedente con l'esperta criminologa aveva tuttavia evidenziato una grave sofferenza nell'affrontare il rapporto con le vittime ed i loro familiari, avendo la richiedente manifestato l'opinione che i reati da lei commessi fossero troppo gravi per potersi risolvere in un gesto di avvicinamento ai familiari delle vittime», con conseguente rinuncia a prendere contatti con i familiari delle vittime e a proseguire «il percorso di mediazione penale intrapreso», proprio «finalizzato a valutare eventuali possibilità di incontro con le vittime del reato».

⁶⁷Per inciso, ci sembra preferibile una informazione al Tribunale più neutra da parte del mediatore, ove si registri, nel corso degli iniziali colloqui individuali, la indisponibilità di una delle parti o di entrambe, e ciò sul riflesso che anche a questa preliminare fase debba opportunamente estendersi il carattere «confidenziale» del procedimento di mediazione, per preservarne l'autonomia. *Pro memoria*, la citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1999, oltre al libero (§.11) consenso alla mediazione, sempre revocabile (§.1), evidenzia il connesso principio di confidenzialità (§.2) per cui «le discussioni in mediazione sono confidenziali e non possono essere utilizzate successivamente, se non con l'accordo delle parti», eccetto l'accordo finale, ove raggiunto «volontariamente dalle parti» (§.31); e «la relazione del mediatore non dovrebbe rivelare il contenuto delle sessioni di mediazione, né esprimere alcun parere in merito alla condotta delle parti nella circostanza» (§.32).

⁶⁸ Questa temeraria parola è da tempo prudentemente fuoriuscita dal *thema decidendum*. Peraltro, una assai risalente Cassazione ha ritenuto la «concessione del perdono» elemento non «determinante in tema di liberazione condizionale», sia per la sua «estraneità alla previsione legislativa», «sia perché, in caso contrario, la concedibilità del beneficio verrebbe, in sostanza a dipendere dall'arbitrio della parte offesa»: cfr. Cass. 14.3.1977, n. 631 e Cass. 5.11.1984, n. 2433 (che, tuttavia, aggiunge come «la mancata richiesta di perdono» possa «incidere negativamente sulla valutazione»); cfr. anche Cass. 11.5.1993, n. 2167. Da ultimo, vi si è fatto periferico riferimento a proposito dell'apertura di rapporti epistolari dei condannati con parenti delle vittime cui avevano fatto seguito, in qualche caso, «atteggiamenti di riconciliazione e di perdono», valutati, nel complesso delle condotte positive, ai fini della la prova del «ravvedimento»: Cass. 24.4.2007, n. 18022 e Cass. 4.2.2009, n. 9001.

⁶⁹ Cfr. M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Bruno Mondadori (2005), p.65: «L'esperienza della riparazione presuppone necessariamente uno scambio nel quale è possibile il riconoscimento dell'umanità del male così come l'umanità del bene: è possibile che il colpevole riconosca il male commesso attraverso la sofferenza comunicata dalla vittima; è possibile che la vittima riconosca il bene che il colpevole è in grado di compiere attraverso l'atto riparatorio; è possibile che il colpevole riconosca il bene che promana dalla vittima che accetta il contatto e la riparazione; è, infine, possibile che la vittima riconosca il male dell'offesa compiuta distinguendola dalla complessa umanità del colpevole. Si tratta però di uno scambio paritario e fecondo proprio perché è in grado di riparare sia il colpevole sia la vittima: è lo scambio che ripara, che consente a ciascuno di riparare se stessi [...] Non siamo di fronte alla magia dell'atto di redenzione, al cambiamento improvviso di una resurrezione. Qui sta tutta la laicità della riparazione contrapposta alla religiosità del perdono».

⁷⁰ Sul punto, si rimanda alle imperdibili, aporetiche pagine di J. Derrida, *Perdonare*, Raffaello Cortina Editore (2004).

⁷¹ Sul «sottosuolo», oltre al geniale Autore de «La confessione di Stavrogin», si rimanda alla meno impegnativa visione del film di Tood Solondz «Perdona e dimentica», umoristica indagine sulla umana necessità di oblio anche attraverso periclitanti perdoni.

⁷² I mediatori debbono essere ben formati anche per evitare di trasformarsi in «funzionari dell'ortopedia morale», locuzione di cui è autore M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Einaudi (1976), pp. 12 e ss., 246 e ss.: la sua feroce critica epistemologica al modello riabilitativo, elaborato alla fine dell'Ottocento in chiave medicale-autoritaria, si ritiene mal s'attagli alla versione c.d. umanistica di tale modello adottata nel nostro Ordinamento Penitenziario.

⁷³ Si limiterà l'esame agli arresti successivi al varo dell' art. 27 Reg. Pnt., vero spartiacque, nonostante non sia mai stato citato, neppure fuggacemente.

⁷⁴ Sul punto si fa qui una brevissima sintesi. Se «la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale non è subordinata al risarcimento del danno in favore della vittima, difettando una disposizione prescrittiva in tal senso», tuttavia «l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima dei

danni arrecatele rientra tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego della misura»: Cass. 9.7.2001, n. 30785; cfr. anche, *ex plurimis*, Cass. 25.9.2007, n. 39474, e Cass. 8.2.2008, n. 8258.

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

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

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

⁷⁵Così Cass. n. 407 del 23.11.2001, che soggiunge: «è pertanto legittima la previsione in forma generica all'atto dell'affidamento, posto che la necessaria specificazione potrà avvenire successivamente a cura del Magistrato di sorveglianza, in forza dei suoi poteri di modifica e integrazione delle prescrizioni adottate dal Tribunale (co. 8 dell'art. 47 L. n. 354/1975) e valendosi dell'attività informativa e di supporto del servizio sociale (co. 9)».

⁷⁶ Contributo pubblicato nel succitato «*L'Eco*» dell'ISSP, in particolare, nn. 3, 4 del 2013.

⁷⁷ Cfr. Cass.: n. 33287 del 2013; n. 13445 del 2013, n. 8258 del 2008.

⁷⁸ Cass. n. 2295 del 28.3.2000.

⁷⁹ Cfr., seppur in materia di semilibertà, Cass. n. 2481 del 3.4.2000: se v'è «inerzia processuale», dopo molti anni, l'«atteggiamento negazionista» può assumere valore sintomatico e dunque «qualificarsi sul piano prognostico», sempre ove «si saldi coerentemente un contesto valutativo che ne qualifichi l'essenza come atteggiamento di non rifiuto del passato e, correlativamente, di non apertura verso un *nuovo* e alternativo percorso di esperienze che sappia cogliere appieno le opportunità offerte dalla progressione tratta mentale».

⁸⁰ Cass. n. 2295 del 28.3.2000, che sembra distinguere la valutabile «la mancanza di senso critico», «espressione della persistenza di un atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione», dalla neutra «la mancanza di senso critico» che sia invece «frutto di una protesta di innocenza».

⁸¹ Cfr. Cass. n. 13445 del 2013.

⁸² Cfr. Cass. 11.6.2013, n. 33287, che censura l'omessa valutazione del risarcimento del danno, «primo segno tangibile di una volontà riconciliativa».

⁸³ Cfr. Cass.: 28.3.2000 n. 2295; 20.2.2008, n. 18388, nonché 8.2.2008, n. 8258, per la quale può confluire nella complessiva valutazione negativa «il rifiuto del condannato di affrontare un problema grave quale è l'accusa di abusi sessuali e quindi di partecipare all'opera di rieducazione, anche al di fuori della confessione che non può essere pretesa».

⁸⁴ Cfr. Cass.: 11.6.2013, n. 33287; 20.2.2008, n. 18388; 27.2.2014 n.9680.

⁸⁵ Si pensi, ad es. alla fenomenologia dei *delitti di relazione*, non solo familiare. V. *supra* II.3.

⁸⁶ Ovviamente, con la prescrizione relativa al risarcimento del danno alla vittima (ove e nei limiti in cui sia accertata la capacità economica dell'autore del reato) siamo fuori dalla giustizia riparativa nel senso stretto in cui la intende la Direttiva. E ne siamo fuori – come oggi, almeno per la giurisprudenza di legittimità, pur dalla prescrizione di cui al comma 7 dell'art. 47 – anche quando si tratti di prescrizioni di “riparazione indiretta in favore della vittima” (ovvero: nei casi in cui, impossibile in concreto un diretto adoperarsi in favore della vittima, ci si possa adoperare, per tramite di un ente esponenziale, in favore di soggetti diversi dalla vittima ma che, per condizioni/contexto, la evocano, consentendo così al condannato di concentrarsi sull'esperienza del reato e delle sue riparabili conseguenze) o di prescrizioni relative alla “riparazione in favore della collettività” nei c.d. reati senza vittima (qui è l'intera collettività che viene offesa, secondo costruzione normativa, ed è quindi alla collettività che deve essere diretta la riparazione, attraverso una volontaria attività lavorativa non retribuita che ne soddisfi le aspettative, ma sempre in qualche modo connessa al bene giuridico presidiato dalla norma penale violata): ancora si rinvia a «L'Eco» dell'ISSP n. 3 del marzo 2013. In queste ipotesi si tratta di prescrizioni che rientrano nell' ampia discrezionalità del Tribunale di sorveglianza (cfr. commi 2, 5, 6 art.47), purché imposte quale idoneo mezzo rispetto agli esclusivi fini di contribuire alla «rieducazione del reo» e alla sicura «prevenzione che egli commetta altri reati».

⁸⁷ Si veda la nota n. 19.

⁸⁸ Nella esecuzione penitenziaria, peraltro, potrebbero non porsi problemi di garanzia in ordine a una acquisizione del «riconoscimento dei fatti essenziali» da parte dell'UEPE o del «gruppo di osservazione e trattamento», di cui poi dar sintetico conto al Tribunale nell'ambito dell'inchiesta o della relazione penitenziaria che compendia i dati dell'osservazione. È infatti solo nel corso del processo che sembra sensata la premura garantistica della succitata Raccomandazione del 1999 (IV.9), secondo la quale «la decisione di rinviare un caso alla mediazione penale [...] dovrebbe essere di esclusiva competenza del potere giudiziario»: punto sul quale la Direttiva tace.

⁸⁹ Questa prescrizione può dar luogo infatti, per dirla in termini civilistici, ad una *obbligazione mezzo*, non *di risultato*, per la possibile indisponibilità della vittima/impraticabilità dell'esperienza, che renderebbero impossibile l'adempimento della prescrizione, e così ininfluenza il suo inadempimento ai fini della valutazione dell'esito della prova.

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

⁹⁰ In questi termini, il «riconoscimento» sarebbe, almeno in parte, compatibile con la possibilità di proporre richiesta di revisione ex art. 629 ss. c.p.p., come, ad esempio, nel caso di indicazione di prove nuove tali da imporre, se accertate, una sentenza di assoluzione perché «il fatto non costituisce reato». Ma anche a prescindere dal rilievo, non è il condannato obbligato a chiedere solo la misura dell'*affidamento in prova*, altre essendovene, con diversi presupposti, più compatibili magari con l'iniziativa processuale per ottenere la revisione. Cfr. note nn. 78 e 79.

⁹¹ I. M. Copi, *Introduzione alla logica*, Il Mulino (1964), pp. 54-60 e 116 s.. Sul punto, anche con rinvio al predetto Autore, G. Mannozi, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in «Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima» (a cura di G. Mannozi), Giuffrè (2004), pp. 38-43, che, premesso come nella mediazione non sia «ovviamente in discussione la definizione penalistica del conflitto» e neppure «il fatto», da cui, «almeno nel suo nucleo oggettivo essenziale», «normalmente [...] la mediazione prende le mosse», conclude che «il conflitto che nasce da un disaccordo sull'atteggiamento rispetto ad un fatto è il campo di elezione della mediazione», che lavora anche «sulla percezione dei fatti».

⁹² Mentre infatti, prima del definitivo accertamento del reato, e soprattutto nella fase iniziale del procedimento, la persona offesa, ancora non “cristallizzata” vittima, può ragionevolmente accettare un confronto sul “nudo” evento, appare improbabile che ciò possa accadere in sede di esecuzione della misura alternativa, dopo molti anni dalla commissione del reato, se non quando la *verità processuale* sia ritenuta dalla vittima insoddisfacente (per qualche percepito, significativo verso) rispetto alla narrazione accusatoria ed ai propri vissuti, e questo “scarto” la motivi – anche in prospettiva di una azione riparativa delle conseguenze del reato – ad un *dialogo* con il reo che su detta narrazione, almeno quanto ai «fatti essenziali», convenga.

⁹³ Cfr. A. Ceretti e C. Mazzucato, in nota n. 98, sulla stessa difficoltà operativa del mediatore in costanza di una radicale protesta di innocenza da parte dell’autore del reato.

⁹⁴ In particolare, se oggetto di questioni *in fatto e diritto* già risolte dal passato, “metalinguistico” processo e confluite nell’ascrizione *ab externo* della responsabilità e nella modulazione della pena, i motivi, le intenzioni, le giustificazioni, le conseguenze dell’evento, se questo è riconosciuto, possono essere oggetto anche di un «procedimento di giustizia riparativa», ma con gli strumenti e le finalità ad esso pertinenti, e nel linguaggio e dal punto di vista dei soli mediatori di cui, per contro, variamente si diffida nel processo: dell’imputato, perché, se non silente, ha – entro certi limiti – il diritto di mentire, della persona offesa, *non presuntivamente credibile*, dovendo la sua dichiarazione essere valutata «con ogni opportuna cautela» e potendo essere assunta come fonte di prova solo se venga sottoposta a un riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, a maggior ragione se «parte civile».

⁹⁵ È nell’ art. 29, 4° co., d.lg. 28.8.2000, n. 274 che il legislatore ha introdotto per la prima volta nell’ordinamento penale la parola *mediazione*: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice, ove occorra, può avvalersi anche dell’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio». È evidente il progresso rispetto alla notarile “verifica” della volontà definitiva delle parti prevista, in chiave esclusivamente deflattiva, dall’art 555 c.p.p. ad opera del giudice monocratico, preferito al pubblico ministero (cfr. l’abrogato art. 564, 1° comma, c.p.p.), inspiegabilmente a mio sommo giudizio, ma non di un autorevole Autore, per il quale non gli s’addice «la maschera del pacificatore».

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

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

⁹⁶ L’art. 168 *bis* c.p., al 1° comma, stabilisce che «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell’articolo 550 del codice di procedura penale, l’imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova». Detto per inciso, la disposizione avrebbe potuto far più coraggioso riferimento alla prognosi di pena irroganda, all’esito del giudizio, non superiore a tre anni, formula di recente usata nel novellato art. 275 c.p.p., e non solo in chiave sistemica, ma anche per ricompendervi, per quanto a sufficienza già argomentato, quei *delitti di relazione* che costituiscono il terreno di elezione del *probation* riparativo.

Ebbene, chiuso l' inciso, l'istituto qui in rapido esame come si articola nei commi 2 e 3 del succitato articolo, comporta, oltre alla «prestazione di lavoro di pubblica utilità», «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», ed altresì «l'affidamento dell'imputato al servizio sociale» per lo svolgimento di un «programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna», che, *ex art. 464-bis c.p.p.* (i cui seguenti articoli configurano un assai lacunoso meccanismo, che ben si sarebbe potuto mutuare dal d.P.R. 448/88), deve anche prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

⁹⁷ Che così recita: con «il provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato». Sul ritenuto presupposto, almeno nella prassi prevalente, che una sostanziale ammissione dei fatti essenziali sia imprescindibile ai fini dell'ammissione alla *messa alla prova* minorile, soprattutto ove si ritenga di munirla di prescrizione riparativa, non posso anche qui che far rinvio al mio scritto, pubblicato nella rivista «L'Eco» dell'ISSP n. 2 del febbraio 2013.

⁹⁸ Critici M. Bouchard e G. Mierolo, *op. cit.*, pp. 217-221: «Non è solo il reato che divide e separa ma, come accade per lo più nelle relazioni continuative, il significato che viene attribuito ai fatti. E non è sempre facile distinguere il contrasto sull'esistenza dei fatti dal contrasto sulla loro percezione. Appare, quindi, azzardato condizionare l'accesso alla mediazione dall'assenza di contestazioni sull'esistenza dei fatti»; e ancora «un conto è [...] ammettere un'attività di mediazione, a meno che non vi siano elementi per una pronuncia immediata di proscioglimento o di assoluzione per qualsiasi ragione o, addirittura, per un'archiviazione [...] Altro è dar luogo alla mediazione solo in presenza di elementi positivi sulla responsabilità: questa soluzione si pone in contrasto insanabile con il principio della presunzione d'innocenza».

Di contrario avviso A. Ceretti e C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU*, in «Diritto penale e processo», 6, 2001, pp.772-776, per i quali la formula del Consiglio d'Europa del 1999, «*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*» – pressoché coincidente con «*faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case*» di cui alla Direttiva, pur rivolta, come già sopra evidenziato, al solo «autore del reato» – costituisce un punto di equilibrio tra l'inammissibilità della confessione e l'impossibilità di un previo accertamento giudiziale: il riconoscimento da parte del reo della propria condotta dal punto di vista fattuale costituisce un presupposto inevitabile per accedere alla mediazione, perché in sua assenza le possibilità di raggiungere un accordo sarebbero nulle o, tutt'al più, limitate dal prevedibile rifiuto da parte della persona offesa.

⁹⁹ Se condizione per l'invio al mediatore fosse la confessione, in caso di esito negativo della mediazione, alla luce di una presunzione di colpevolezza, e non di innocenza, potrebbero poi operare sia il pubblico ministero che il giudice – ma non il giudice del dibattimento (ordinario e minorile), che, non essendo acquisibili al fascicolo, *ex art. 431 c.p.p.*, né gli atti prodromici alla mediazione, né il suo esito negativo, non ne saprebbe alcunché, se non consenziente la difesa –.

¹⁰⁰ All'immagine della mitezza ricorre G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi (1992), pp. 11 e ss. per indicare il senso del «carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni»: «mitezza» che è «naturalmente» da associare ai termini «della coesistenza e del compromesso».

¹⁰¹La Direttiva, all'art. 25, ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di provvedere alla formazione dei «funzionari» che possano avere contatti con le vittime («gli agenti di polizia ed il personale giudiziario»), di promuoverne l'accesso anche da parte dei magistrati e degli avvocati, nonché di incoraggiare, «attraverso i loro servizi pubblici o finanziando organizzazioni che sostengono le vittime», iniziative finalizzate ad «un'adeguata formazione» degli operatori dei «servizi di assistenza e di giustizia riparativa»: «a seconda delle mansioni svolte e della natura e del livello dei contatti fra l'operatore e le vittime, la formazione mira ad abilitare l'operatore a riconoscere le vittime e a trattarle in maniera rispettosa, professionale e non discriminatoria».