Gaetano Stea

I PRINCIPI DI DIRITTO PENALE NELLA GIURISDIZIONE EUROPEA

PISA
UNIVERSITY
PRESS

CIP

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2014 by Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale Euro 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126, Pisa
Tel. + 39 050 2212056 Fax + 39 050 2212945
e-mail: press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

Member of
Association of American University Presses

ISBN

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

CAPITOLO IV

Appunti su pena e giustizia *post-contemporanea*

1. I principi che regolano la sanzione penale europea ed il carattere *anankastico* della pena "rieducativa". - 2. La pena "rieducativa" e le misure alternative e sostitutive alla detenzione come pene proporzionate nel *diritto penale dei diritti*. - 3. La funzione della pena finalizzata alla risocializzazione dialogica. - 4. La collocazione del momento comunicativo nel percorso di risocializzazione ed il "progetto" individuato dal giudice della cognizione come linea-guida del percorso rieducativo. - 5. Annotazioni sui sistemi di giustizia riparativa e l'impossibilità empirica di una sostituzione integrale del sistema punitivo-rieducativo. La pena "rieducativa" tra sanzione e progetto di risocializzazione. - 6. La giustizia riparativa nell'esperienza europea ed in quella italiana. La mediazione penale come tratto comune delle maggiori esperienze di giustizia riparativa in Europa. Le consolidate esperienze anglosassone e francese e le nuove sperimentazioni nelle giovani codificazioni. - 6.1. L'area scandinava. - 6.2. L'area centro-orientale. - 6.3. L'area anglosassone. - 6.4. L'area centro-meridionale. - 6.5. L'esperienza italiana. - 7. Note conclusive sul ruolo della vittima del sistema penale europeo e sul risarcimento come strumento riparativo in funzione solidaristica.

1. *I principi che regolano la sanzione penale europea ed il carattere* anankastico *della pena "rieducativa"*. Le linee di principio che definiscono il volto della pena europea si ricavano dagli artt. 2, co. 2, 4 e 49, co. 1 e 3, della Carta di Nizza, nonché dagli artt. 3, 4, § 2 e 3, lett. a), e 7, § 1, Convenzione EDU e, dunque, oltre al principio di legalità, anche nella sua dimensione di divieto di retroattività in *malam partem*, vanno indicati i principi di umanità e proporzione, con il divieto della tortura, della pena di morte, del lavoro forzato e di ogni trattamento penitenziario «inumano e degradante», che, a ben guardare, costituisce il limite estremo della stessa proporzione tra pena e fatto di reato. Su tale limite va appuntata l'attenzione.

La lettura giurisprudenziale sovranazionale dell'art. 3 Convenzione EDU[1] e,

1. Su cui ampiamente Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamento inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2011, 1, 221 ss. ed, in particolare, 223, in cui l'A., relativamente alla definizione di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Convenzione EDU, evidenzia che «l'elaborazione dottrinale distingue fra le tre categorie sottolineando come: (a) nell'ipotesi di pene/trattamenti *degradanti* vengano in rilievo essenzialmente *elementi di natura emotiva* (in particolare, l'umiliazione della vittima); (b) la nozione di pene/trattamenti *inumani* copra le condotte che si caratterizzano per una *sofferenza* fisica o psicologica *di particolare intensita* (che non deve necessariamente essere sorretta dall'intenzione degli autori della stessa); (c) i tratti distintivi della *tortura* siano la *rilevante gravita* (costituendo la stessa una forma particolarmente grave di trattamento inumano) e lo *scopo specifico* di ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno (sulla falsariga di quanto richiesto *expressis verbis* dall'art. 1 della Convenzione ONU

dunque, del divieto di pene inumane e degradanti va ricavata dall'ampia casistica delle decisioni della Corte di Strasburgo, potendo, dunque, derivare il relativo contrasto tanto dalle condizioni della detenzione[2], quanto dalla sottopo-

contro la tortura). Il diritto vivente di Strasburgo consente, tuttavia, di attribuire ai suddetti criteri una validità solo tendenziale, posto che, da un lato, il *confine fra trattamenti inumani e trattamenti* degradanti si mostra nell'applicazione pratica alquanto *incerto*, e sono assai frequenti le pronunce in cui la Corte utilizza l'espressione "trattamento inumano e degradante" quasi si trattasse di un'endiadi; dall'altro, non sempre i *misbehaviour* che raggiungono la soglia di gravità necessaria per essere qualificati come altrettante ipotesi di *tortura* sono assistiti dallo scopo specifico ora menzionato: l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo consente, piuttosto, di evidenziare un *rapporto di proporzionalità inversa fra la gravita della condotta e lo scopo specifico* perseguito dall'agente».

2. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., 237, rileva che «le pronunce rese dalla Corte in materia possono idealmente suddividersi in due gruppi: (a) quelle in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione a fronte di *situazioni di carattere obiettivo* (quali ad es. il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche, la mancanza di areazione, ecc.); (b) quelle in cui, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu e stata affermata in ragione della *problematica compatibilità del regime di detenzione "comune" con le condizioni di salute del ricorrente*, affetto da gravi disturbi fisici o psichici». Per la giurisprudenza, Corte eur. dir. uomo, 11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia*; Id., 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia*; Id., 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia*; Corte eur. dir. Uomo, Gr, Ch., 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Grecia e Belgio* con nota di Beduschi, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Relativamente al problema del sovraffollamento carcerario come condizione di obiettiva violazione dell'art. 3 Convenzione EDU, si segnalano Corte eur. dir. uomo, 14 febbraio 2008, *Dorokhov c. Russia*; Id., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; Id., 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia*; Id., 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*; Id., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*; Id., 14 gennaio 2010, *Melnikov c. Russia*; Id., 2 febbraio 2010, *Mariana Marinescu c. Romania*; Id., 16 marzo 2010, *Jiga c. Romania*; Id., 1 giugno 2010, *Răcăreanu c. Romania*; Id., 10 giugno 2010, *Mukhutdinov c. Russia*; Id., 23 settembre 2010, *Aleksandr Leonidovich Ivanov c. Russia*; Id., 2 novembre 2010, *Grozavu c. Romania*; Id., 4 novembre 2010, *Arefyev c. Russia*; Id., 25 novembre 2010, *Roman Karasev c. Russia*; Id., 30 novembre 2010, *I. D. c. Moldavia*. Di recente, Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2013, *Feher c. Ungheria*; Id., 4 luglio 2013, *Rzakhanov c. Azerbaijan*; Id., 30 luglio 2013, *Toma Barbu c. Romania*; Id., 1 agosto 2013, *Horshill c. Grecia*; Id., 9 luglio 2013, *Ciobanu c. Romania e Italia*. In relazione al problema del sovraffollamento carcerario italiano, cfr., da ultimo, Corte cost. n. 279 del 2013 che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 o.p., sollevata da Trib. Sorv. Venezia, 18 febbraio 2013, nonché da Trib. Sorv. Milano, 18 marzo 2013, riconoscendo che «che il sovraffollamento carcerario può nella realtà assumere dimensioni e caratteristiche tali da tradursi in trattamenti contrari al senso di umanità e da rendere al tempo stesso impraticabili i rimedi "interni" di cui si è parlato. In questi casi occorre un rimedio estremo, il quale, quando non sia altrimenti possibile mediante le ordinarie misure dell'ordinamento penitenziario, permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario, eventualmente correlata all'applicazione nei suoi confronti di misure sanzionatorie e di controllo non carcerarie», ma, tuttavia, respingendole «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che fa escludere l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo sull'art. 147 cod. pen. Oltre al mero rinvio dell'esecuzione della pena, sono, infatti, ipotizzabili altri tipi di rimedi "preventivi", come, ad esempio, quelli modellati sulle misure previste dagli artt. 47 e seguenti dell'ordinamento penitenziario, ad alcune delle quali si è fatto riferimento nel dibattito seguito alla sentenza Torreggiani; misure che per ovviare alla situazione di invivibilità derivante dal sovraffollamento carcerario potrebbero essere adottate dal giudice anche in mancanza

sizione a particolari regimi carcerari[3] o dalla durata della pena (come nel caso dell'ergastolo)[4], il cui filo conduttore può essere indicato nel giusto bilanciamento tra esigenze di sicurezza sociale e dignità umana del detenuto, nel senso che l'afflizione connaturata alla pena non deve superare il limite dell'incidenza sui diritti fondamentali dell'uomo, che, da un lato, costituiscono il nòcciolo essenziale dell'individuo e, dall'altro, sono, in un certo senso, indifferenti all'ordinamento penale che ha riguardo nei confronti dell'individuo come membro della comunità ("cittadino"). In altri termini, la pena, con la sua finalizzazione rieducativa, può comprimere solo le libertà ed i diritti della sfera sociale dell'individuo, ovvero del suo *status* istituzionale di cittadino, poiché superare tale confine e, dunque, incidere sul nòcciolo intimo delle libertà, non può avere alcun significato per il diritto penale contemporaneo.

Da tale considerazione, discendono almeno due riflessioni.

Dapprima, appare chiaro che il principio di proporzione indicato dall'art. 49, § 3, Carta si dispiega nell'ordinamento, rispetto alla pena, in diversi sotto-principi

delle condizioni oggi tipicamente previste. In particolare potrebbe ipotizzarsi un ampio ricorso alla detenzione domiciliare, sempre che le condizioni personali lo consentano, o anche ad altre misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle attualmente previste, da considerare forme alternative di esecuzione della pena. È da ritenere infatti che lo stesso condannato potrebbe preferire misure del genere e non avere interesse a un rinvio come quello prospettato dai rimettenti, che potrebbe lasciare a lungo aperta la sua vicenda esecutiva» ed, infine, ammonendo il legislatore nazionale, affermando «come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia».

3. Sul regime dell'art. 41-*bis* o.p., cfr. in dottrina, Nicosia, *Il 41-bis e una forma di tortura o di trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.; Della Bella, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41*-bis *ord. penit.*, in Corbetta, Della Bella, Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 447 ss. Nella giurisprudenza sovranazionale, Corte eur. dir. uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*; Id., 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; Id., 27 marzo 2008, *Guidi c. Italia*; Id., 17 luglio 2008, *De Pace c. Italia*; Id., 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*; Id., 1 dicembre 2009, *Dell'Anna c. Italia*; Id., 1 dicembre 2009, *Stolder c. Italia*.

4. Corte eur. dir. uomo,12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*; Id., 2 settembre 2010, *Iorgov c. Bulgaria*. Di recente, Corte eur. dir. uomo, Gr. Ch., 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, che modificando la posizione della sezione semplice (su cui cfr. *contra* Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo.it*), la Corte europea, censurando la disciplina della liberazione anticipata vigente nel Regno Unito, offre importanti precisazioni in ordine al problema della compatibilità dell'ergastolo con il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Se, infatti, nella giurisprudenza di Strasburgo era già stato affermato che la pena perpetua può considerarsi legittima solo se affiancata da regole che la rendano riducibile in concreto – consentendo, appunto, la liberazione anticipata del condannato –, nella sentenza in parola la Corte europea precisa che tali regole devono offrire concrete prospettive di scarcerazione dopo un periodo minimo di detenzione prestabilito e predeterminare in maniera chiara tempi e modalità della revisione, così da permettere al condannato di comprendere le condizioni della sua liberazione (sul punto, cfr. Viganò, *Ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale nel Regno Unito e articolo 3 CEDU: la Grande Camera della Corte EDU ribalta la sentenza della Quarta Camera*, in *www.penalecontemporaneo.it*).

quali quello di umanità e quello di rieducazione, al primo, come detto, strettamente avvinto, con l'effetto che la punizione e, dunque, l'inflizione della pena al reo non è giustificata dal male o torto subito dalla collettività, in chiave retribuzionista, ma può comprendersi solo se costituisce l'equilibrata misura della compressione della libertà personale del cittadino, in funzione del tentativo risocializzante. In breve: la pena non proporzionata costituisce di per sé un trattamento disumano e degradante perché pregiudica il fine rieducativo.

In secondo luogo, la pena retributiva, nella cultura contemporanea, ha serie difficoltà di effettiva giustificazione perché «punire è inumano e inefficace»[5] e la relativa *ratio* va ancorata alla sua finalizzazione, con l'effetto che la pena è proporzionata se diretta alla risocializzazione, in quanto va ad incidere sulle libertà del cittadino riconosciutegli dall'ordinamento proprio per garantire e regolare le relazioni sociali. In altri termini, se la comminazione della pena deve essere misurata tra la lesione inferta dal reo e quella subita dallo stesso (proporzione) e se tale equilibrio deve essere motivato dal recupero sociale dello stesso reo, senza dimenticare la vittima, allora, è chiaro che la pena si giustifica solo nella misura in cui riesce ad incidere sulla sfera di libertà del cittadino per consentirne il reingresso in società. In breve: la pena non rieducativa è degradante e disumana perché non proporzionata.

Le due riflessioni, pertanto, sono come facce della stessa medaglia. In questa prospettiva, dunque, l'aspetto *ontico* della sanzione penale (umanità) e quello *deontico* della stessa (rieducazione), così come tradizionalmente intesi, si fondono, divenendo un vero e proprio carattere *anankastico* della pena contemporanea.

Nel nostro ordinamento, tale carattere della pena si evidenzia già nella collocazione sistematica di entrambi gli aspetti della proporzione (art. 27, co. 3, Cost.), come, del resto, esplicitamente indicato dalla Corte costituzionale per cui l'esecuzione della pena deve essere caratterizzata dalla «salvaguardia, congiuntamente, del diritto a non subire trattamenti disumani e della finalità rieducativa della pena, perché il contesto "non dissociabile" nel quale vanno collocati i due princìpi delineati dal terzo comma dell'art. 27 Cost. esclude l'ammissibilità di interventi che, allo scopo di porre rimedio a una lesione del primo, determinino una compromissione della seconda»[6].

2. *La pena "rieducativa" e le misure alternative e sostitutive alla detenzione come pene proporzionate nel* diritto penale dei diritti. La pena "rieducativa" si contrappone così alla tradizionale pena "retributiva" e mentre per quest'ultima assume un ruolo egemone la *detenzione*, poiché molto duttile nella sua commisurazione proporzio-

5. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, cit., 149.
6. Corte cost. n. 279 del 2013, *Considerato in diritto*, § 7.1, cpv.

nata con la gravità del fatto, di cui costituisce l'*analogo negativo*[7], la prima necessita di un catalogo di pene principali che sollecitino il reo ad intraprendere un dialogo risocializzante: «vuoi rendendo la sanzione direttamente espressiva del valore dei beni offesi in concreto (e solo *a contrariis* del disvalore dell'illecito), attraverso prescrizioni, per esempio riparative, le quali orientino al recupero di sensibilità solidaristiche; vuoi ricollegando la segnalazione della presa di distanze dal reato a un percorso riabilitativo che abbia riguardo alle condizioni personali dell'agente (si pensi all'istituto della messa alla prova nel sistema minorile); vuoi, infine, promuovendo la compartecipazione dello stesso agente di reato, una volta accertati i fatti e la colpevolezza, nel riconoscimento in rapporto con la vittima (o con soggetti esponenziali degli interessi offesi) del disvalore di quanto accaduto, anche attraverso la proposta, da parte dell'agente medesimo, di specifiche prestazioni orientate alla composizione del conflitto (si pensi alle esperienze di mediazione penale o a determinate modalità di definizione anticipata del processo davanti al giudice di pace)»[8]. Solo così la pena da mera inflizione di una sofferenza personale per il reo[9], passa alla riparazione della frattura istituzionale rappresentata dal reato. Per tal via, si era già suggerita la rivalutazione delle pene accessorie (prescrittive ed interdittive), in quanto la duttilità propria della pena detentiva si ottiene non tanto (o, meglio, non solo) nella misura "temporale" (anni, mesi e giorni), ma badando a quella "di genere", avendo ad oggetto solo uno o più aspetti della libertà personale. In altri termini, la pena detentiva è, da un lato, *anacronistica*, laddove si guardi all'ampiezza della sfera dei diritti e delle libertà riconosciuti al cittadino e, dall'altro, è conseguentemente *sproporzionata*, nel senso che va a limitare tutti gli aspetti della libertà personale e, dunque, insieme a quello fisico, si aggiungono quelli che afferiscono alle libertà di circolazione e comunicazione (libertà relazionali). Andando, invece, ad individuare un catalogo di pene che riesca a coniugare la misura temporale con quella di genere, è certamente più agevole cogliere la *giusta* proporzione tra il fatto di reato e la sanzione (e, dunque, la colpevolezza), poiché la pena andrà a limitare uno o più aspetti della libertà personale per un certo tempo, ma non necessariamente la libertà fisica, che, in tale prospettiva, andrebbe prevista per i crimini più gravi. La *giusta* proporzione avrebbe anche un effetto positivo nella risposta risocializzante del reo e nel relativo procedimento di autoresponsabilizzazione. Un ruolo determinante potrebbero assumere le misure alternative e quelle sostitutive alla detenzione già previste nel sistema nostrano, come anche alcune pene accessorie o sanzioni amministrative interdittive.

7. Eusebi, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1109 ss.

8. Eusebi, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1114.

9. Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, cit., 3, secondo cui «la pena è una sofferenza che lo Stato infligge alla persona che ha violato un bene giuridico».

3. *La funzione della pena finalizzata alla risocializzazione dialogica*. Il diritto punitivo europeo, come visto, ai suoi albori, imponeva l'intervento statale con il proprio apparato sanzionatorio per la tutela di determinati interessi comunitari (ciò che si sono definiti *obblighi di risultato* e, più efficacemente, dopo, *obblighi di penalizzazione*): l'Unione delineava il precetto per la tutela dell'interesse comune, ciascun Stato membro stabiliva la sanzione proporzionata, effettiva e dissuasiva, utilizzando il proprio catalogo di pene. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha previsto una competenza penale tipica (propria e impropria) dell'Unione per cui è possibile l'adozione di direttive penali che definiscano, non solo, il precetto, ma indichino anche il minimo della pena per esso dovuta. Da ciò, è evidente che il diritto penale europeo non si limita più solo alla descrizione del precetto, ma stima anche (almeno in parte) la relativa pena (fatto salvo il margine di apprezzamento per ciascuno Stato membro). Va ora svolta una riflessione sulla pena europea e relativa funzione.

Il diritto è qualificato come penale perché la violazione del precetto impone l'applicazione di una pena. Questa è un'ovvietà. La sanzione per essere penale, a sua volta, deve essere *afflittiva*, nel senso che deve essere capace di porre un onere sulla libertà personale dell'individuo, e *dissuasiva*, poiché è finalizzata ad evitare il perpetrarsi di comportamenti identici o analoghi rispetto a quelli, di volta in volta, puniti, ed a soddisfare moralmente la vittima. L'afflittività e la dissuasività devono tendere alla rieducazione del condannato, come previsto dall'art. 27, co. 3, Cost. ed, in quest'ottica, la contrapposizione tra visione reo-centrica e visione vittimo-centrica, trova una composizione, un punto di equilibrio e di mediazione.

La tendenza risocializzante della pena nostrana non è espressamente prevista a livello europeo, ma l'equilibrio evidenziato tra gli interessi coinvolti tramite la sintesi della pena inflitta al reo, come detto, può essere argomentato positivamente dalla necessaria proporzione tra sanzione e reato richiesta dall'art. 49, § 3, Carta («Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), che, come noto, costituisce il principio generale di cui la tendenza rieducativa è corollario. Per queste ragioni, si può affermare che la pena europea deve tendere alla risocializzazione del reo in attuazione del principio generale di proporzionalità enunciato dall'art. 49, § 3, Carta (nonché nel rispetto della dignità umana consacrato nell'art. 1 Carta[10]).

La tendenza rieducativa della pena assume un ruolo egemone ed escludente ogni altra finalizzazione, principalmente quella retributiva[11], ove si guardi alla

10. Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, cit., 33, secondo cui le pene non devono presentare contenuti tali da rendere il condannato insensibile a spinte interiori verso il riadattamento sociale, come sarebbero le sanzioni che mortificassero la sua dignità umana.

11. Per una critica all'idea retribuzionista della pena cfr. Eusebi, *La "nuova" retribuzione*, cit., 914 ss.; Id., *Cristianesimo e retribuzione penale*, cit., 275 ss.; Id. (a cura di), *La funzione della pena: il*

necessaria mediazione che la pena sintetizza nell'ottica di una risocializzazione dialogica, come momento di incontro conciliativo tra reo e vittima (e collettività). In altri termini, il reo, compiendo il reato, non solo, assume un comportamento ostile alla regole comuni e, dunque, alla vigenza della norma[12], esercitando la libertà riconosciutagli dall'ordinamento, «al di fuori dei limiti da esso segnati»[13], ma lede anche un interesse fondamentale proprio della vittima (in genere); l'espiazione della pena, come percorso di formazione valoriale, costituisce il tramite per il reingresso nella comunità sociale del reo; la comunità sociale accoglie il reo ricollocandolo all'interno della collettività, una volta, dunque, che, con l'espiazione della pena, il reo ha compreso l'importanza dei valori lesi dal comportamento punito e così riequilibrato il pregiudizio alla vigenza della norma. Ma la ricomposizione della frattura istituzionale tra reo-cittadino e società non è sufficiente al ripristino integrale della vigenza della norma, come punto di riferimento della cittadinanza in un'ottica di ricostituzione della fiducia nella sicurezza collettiva[14], ove il percorso di formazione valoriale in cui consiste l'espia-

commiato da Kant e da Hegel, cit., 173 ss.; Id., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, cit., 811 ss.; Id., *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, cit., 207.

12. Nella lettura di Günther Jakobs, il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) – come evidenzia Cornacchia, *La moderna hostis iudicatio tra norma e stato di eccezione*, cit., già Id., *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, *Centro de Estudios Constitucionales*, 94, Madrid, 2008, 71, 110 – rappresenta la conseguenza di una precisa considerazione del ruolo che assume l'*effettività* nella validazione delle norme dell'ordinamento: una norma vigente, corretta dal punto di vista formale e materiale, che tuttavia non sia stabilizzata nella realtà sociale in modo tale da poter essere confermata controfattualmente in caso di sua violazione – attraverso la definizione del comportamento deviante del soggetto che viola la norma, e non l'aspettativa normativa, come motivo del conflitto – è diritto astratto, puro feticcio, fino a quando non vi sia un minimo di effettività. Mentre, dunque, per il diritto penale del nemico, la pena è pura privazione dello *ius civis*, dello *status* di cittadino, per il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*), di contro, la pena è sì afflizione, ma in funzione di garanzia della *vigenza della norma*. Nella bibliografia si segnala, naturalmente, Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di Jakobs, Cancio Melià, Madrid, 2003, 41 ss.; Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, 88 ss., Id., *Diritto penale del nemico*, in Donini, Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5, fra gli ultimi; nella letteratura italiana, Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 772; Id., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in Gamberini, Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007, 131; Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *IP*, 2006, 1, 181 ss.; Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 10; Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Quot. Giur.*, 2006, 2, 667 ss.; Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; Kostoris, *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 293; Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, cit., 526 ss.

13. Così Cornacchia, *La moderna hostis iudicatio*, cit., 112.

14. Manna, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 981.

zione, ignorasse la posizione della vittima-cittadino[15]. Da ciò, la necessaria comunicazione tra reo e vittima è il fondamento del riadattamento sociale: se non si compone anche la frattura interpersonale reo-vittima in maniera condivisa tra gli attori del reato, non solo, non si potrà mai definire un effettivo reingresso del reo nel tessuto collettivo e, dunque, riequilibrare il pregiudizio alla vigenza della norma, intenso anche nel significato di ripristino del senso di sicurezza sociale, ma, poi, si giungerebbe ad escludere la vittima che non riuscirà a comprendere la nuova offerta di ospitalità della comunità per il suo aggressore[16]. Il percorso rieducativo, dunque, imposto dalla pena svolge una doppia funzione: per il reo, è *responsabilizzazione*, ma anche *comprensione* del danno provocato con il suo illegittimo comportamento e conferma della validità della norma; per la vittima, è *soddisfazione* morale del male subito, ma anche *comprensione* della sofferenza conseguente all'aggressione patita e, dunque, capacità di superare l'umano istinto vendicativo, con affidamento nell'attitudine del sistema penale a garantire la sicurezza sociale[17].

Così la *comunicazione* è il necessario presupposto della risocializzazione del reo e carattere principale di un nuovo sistema penale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della vittima[18].

4. *La collocazione del momento comunicativo nel percorso di risocializzazione ed il "progetto" individuato dal giudice della cognizione come linee-guida del percorso rieducativo*. Il percorso di risocializzazione è formato da fasi e momenti, come si desume

15. Manna, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 966, evidenzia la necessità di un sistema sanzionatorio meno afflittivo e stigmatizzante, ma tuttavia idoneo al reinserimento sociale, tanto del reo, quanto della vittima.

16. Significativamente, Manna, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 986, afferma, in particolare, che «un sistema sanzionatorio dialogico rende possibile ipotizzare un catalogo di pene meno stigmatizzati di quelle tradizionali, che assolvano ad ineludibili finalità di risocializzazione del reo come della vittima, consentendo così a tali soggetti, ma anche alla società interna, di superare la lacerazione ingenerata dal reato, in virtù di un dialogo costruttivo e di una rinnovata fiducia in un sistema penale che, nel pieno rispetto delle garanzie individuali del reo, sappia anche ascoltare e soddisfare le esigenze della vittima».

17. Una pena dialogica, che si trasformerebbe, più che altro, in un percorso di riconciliazione, afferma un riconoscimento più significativo del diritto offeso rispetto all'impostazione retributiva, proprio grazie alla cooperazione necessaria del reo, cfr. Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in Picciotti, Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, Milano, 2002, 49 ss. Nello stesso senso, Manna, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 982.

18. Riondino, *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2011, secondo cui «il fine ultimo dell'intervento penale dovrebbe […] consistere nel promuovere un atto di responsabilità che non derivi da una semplice costrizione esterna, ma da un serio e profondo percorso di incontro e di reciproca conoscenza, che permetta all'autore del reato la revisione dei suoi stili di comportamento e l'autoresponsabilizzazione».

dalla lettura della giurisprudenza costituzionale[19] per cui il principio contenuto nell'art. 27, co. 3, Cost. «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», secondo una prospettiva per cui "tendere" esprime solo «la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione». Conclusivamente affermando che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie», in quanto «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

Da ciò, il percorso di risocializzazione va segnato nel momento *generatore* (allorquando il legislatore individua la pena astrattamente proporzionata alla fattispecie posta - fase legislativa), in quello *determinativo* (allorquando il giudice individua la pena da applicare al reo, tenuto conto di tutti i requisiti del giudizio di colpevolezza e, segnatamente, dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. - fase cognitiva) ed, infine, in quello *comunicativo*, su cui va appuntata l'attenzione. A prescindere, dunque, dalla prima fase, che ha ad oggetto una rieducazione in astratto, come astratta implementazione del principio di proporzione, il percorso di risocializzazione in concreto riguarda i momenti determinativo e comunicativo.

Rispetto al momento determinativo, si tratta di individuare un sistema sanzionatorio utile al «recupero di quei legami solidaristici che il reato ha infranto»[20], attraverso l'abbandono dell'egemonia della pena detentiva, come già evidenziato, da sostituire con pene prescrittive ed interdittive più consoni ad un diritto penale forgiato sui diritti del cittadino, che si vadano ad inserire in un "progetto" che guidi il percorso di risocializzazione volto «a favorire il *riappropriarsi*, da parte di chi subisca la condanna, delle regole trasgredite e, altresì, la sua responsabilizzazione rispetto ai danni o ai pericoli prodotti»[21]. La pena detentiva, dunque, intesa come prescrizione sulla libertà personale (fisica) dovrebbe essere utilizzata solo in ipotesi di estrema gravità dell'offesa perpetrata e di effettivo ed

19. Corte cost. n. 313 del 1990 che segue l'impostazione dell'importante precedente n. 364 del 1988 e, poi, confermata da Corte cost. n. 322 del 2007.

20. Eusebi, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1111.

21. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4938 ss.; Id., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 830 ss.

attuale pericolo per la comunità. Tale momento determinativo potrebbe anche essere assente, nel senso che, collocandosi nella fase cognitiva ed, in particolare, nella parte finale del processo pubblico, si potrebbe prevedere una sospensione dell'*iter* di accertamento pubblico della colpevolezza del reo, anticipando il momento comunicativo in cui si collocano le iniziative di autoresponsabilizzazione del reo, anche con la «messa in opera, da parte del soggetto agente di condotte riparative adeguate, in una prospettiva di carattere riconciliativo»[22]. Dovrebbe, comunque, avere un ruolo fondamentale la pena ablativa che tolga al reo il profitto dell'illecito, come quella pecuniaria[23].

Il momento comunicativo, se non anticipato nella fase cognitiva, come visto, va collocato nella fase esecutiva come forma caratterizzante il progetto determinato dal giudice della cognizione, all'esito del processo pubblico, poiché è necessario individuare il colpevole, come interlocutore necessario, che, prima del giudizio, è presunto innocente. Una volta indicato il progetto relativo al percorso di risocializzazione e, quindi, il reo abbia riconosciuto la propria responsabilità o quest'ultima sia stata accertata nelle forme del processo pubblico, il giudice dell'esecuzione dovrà valutare l'ammissione spontanea del reo ad un sistema di giustizia riparativa[24], finalizzata ad anticipare il pieno recupero, da parte del colpevole, del libero esercizio dei diritti limitati dalle sanzioni determinate dal progetto di recupero. La mediazione o altro strumento dialogico proprio del-

22. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati*, cit., 4958.

23. Sull'ineffittività della pena, Goisis, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit.

24. Il modello della giustizia riparativa e la mediazione penale si pongono come risorsa emergente nell'amministrazione della giustizia penale a livello internazionale. Sull'argomento cfr. Romano, *Il conflitto e la mediazione*, Rassegna penitenziaria e criminologica, 2012, 1, 47 ss.; senza pretesa di completezza, cfr. Ciappi, Coluccia, *Giustizia Criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997; De Francesco, Venafro, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002; De Leo, *Psicologia della responsabilità*, Bari, 1996; De Leo, Patrizi, *Psicologia giuridica*, Bologna, 2002; De Leo, Volpini, *La verifica di alcuni principali obiettivi nella mediazione penale minorile*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2, 279-287, Gatti, Marugo, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e Società*, 1994, 27, 12-32; Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2002; Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003, Morrone, *Mediazione e riparazione del danno nella competenza penale del giudice di pace*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, 1-3, 55-68; Pisapia (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, 2000; Savona, Ciappi, Travaini, *Prevenzione e mediazione tra esperienze passate e progetti futuri: una proposta di mediazione integrata*, Relazione al seminario organizzato dalla Provincia Autonoma di Trento sul tema "Il protocollo d'intesa nel sistema penitenziario: una opportunità o una provocazione?", Trento, 1999; Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001; Scardaccione, *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1997, 1-2, 9 ss.; Scardaccione, Baldry, Scali, *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, 1998; Vianello, *Diritto e mediazione. Per conoscere la complessità*, Milano, 2004.

la giustizia riparativa, in tale maniera, può comportare l'estinzione della pena applicata al reo, poiché, come evidenziato da Duff[25], il processo comunicativo, proprio della mediazione, non solo, ha carattere *retributivo*, nella misura in cui è orientato a produrre nel reo la sofferenza di cui è meritevole, anche se detta sofferenza si risolve nel senso del rimorso, nell'apprestamento di riparazioni e nella "pena naturale" della sottoposizione allo sguardo pubblico, specialmente a quello delle vittime; ma, inoltre, tale processo ha carattere *preventivo*, rivolto al futuro, *dissuasivo* per il reo dalla commissione di ulteriori reati, ma anche *inclusivo* ed *educativo*[26]. Se il momento comunicativo avrà esito positivo, allora, il giudice dell'esecuzione interverrà sul "progetto", sospendendone l'adempimento, consentendo al reo di reinserirsi nel tessuto sociale. Se l'esito di tale processo sarà negativo, il giudice dell'esecuzione, alla fine del percorso di risocializzazione come delineato nel "progetto" indicato dal giudice della cognizione, dovrà valutare la pericolosità sociale del reo, applicando la misura di sicurezza più idonea, che consisterà in un'estensione del progetto di risocializzazione oltre la misura temporale della pena determinata dal giudice della cognizione[27].

5. *Annotazioni sui sistemi di giustizia riparativa e l'impossibilità empirica di una sostituzione integrale del sistema punitivo-rieducativo. La pena "rieducativa" tra sanzione e progetto di risocializzazione*. L'idea dell'intervento del paradigma riparativo nella giurisdizione penale si colloca nell'ampio alveo di un movimento ideologico mosso da alcune istanze, molto spesso anche difficili da conciliare tra loro, che vanno dall'insoddisfazione nei confronti del sistema penale[28] alle ricerche antropologiche[29], dalla rivaluta-

25. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, 96 ss.

26. Cornacchia, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, 197, in cui il chiaro A. (*ibid.*, 233 ss.) analizza, con approfondite argomentazioni, i sistemi di giustizia riparativa nel sistema del diritto penale internazionale.

27. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, cit., 137, evidenzia l'opportunità di un procedimento riconciliativo deformalizzato, al fine di favorire la partecipazione della vittima.

28. Zehr, Toews (a cura di), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, 2004; Zehr, Mika, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 1998, 1, 1, 47-56; Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, 2002; Id., *Retributive Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*, 4, Akron, PA, Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1985; Id., *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990; Vianello, *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in *Sociologia del diritto*, Milano, 1999, XXVI, 2.

29. Weitekamp, *Research on Victim-Offender Mediation. Finding and Needs for the Future*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven, 2000; Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, 2002; Wright, *Restorative Justice: for whose benefit?*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven, 2000, il quale prende in esame le pratiche ripara-

zione del ruolo della vittima[30] alla critica abolizionista[31], dalla religione[32] alla *restitu-*

tive esistenti nelle comunità Kpelle della Liberia, degli Zapotec in Messico, dei Tiv in Nigeria e le tradizioni coreane e Barotse.

30. É un fatto che la vittima è rimasta per molto tempo estranea agli interessi della dottrina penalistica italiana, la quale ha sempre concentrato la sua ricerca sulla figura del delinquente. Infatti, sia la Scuola Classica che quella Positiva hanno trascurato la figura del soggetto passivo del reato. Nelle teorizzazioni della Scuola Classica non c'è posto per la vittima del reato, poiché essa parte dal presupposto che il reato è un'offesa nei confronti dello Stato, mentre in quelle della Scuola Positiva, l'assenza di qualsiasi riferimento alla vittime è dovuta alla centralità dell'indagine sulla personalità del delinquente, finalizzata al recupero del reo. La crescita dell'interesse per la vittima è legata alla diffusione dei movimenti in favore delle vittime (in particolare quello femminista), i quali sono stati molto fermi nel denunciare l'assoluto disinteresse sia sociale, sia giudiziario per il soggetto passivo del reato, soprattutto nei confronti delle vittime di reati sessuali. Sullo studio del ruolo della vittima nel reato esiste una vastissima bibliografia: cfr., per esempio, Saponaro, *Vittimologia. Origini, concetti, tematiche*, Milano, 2004; Portigliatti Barbos, *Vittimologia*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1999, 314 ss.; Cario, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, 2000; Karmen, *Crime Victimes. An introduction to Victimology*, Wadsworth, 2004.

31. Solitamente, all'interno dei movimenti abolizionisti, si individuano due correnti: (1) l'abolizionismo radicale, che propone una profonda trasformazione del modo di concepire la pena e che individua nel sistema penale le cause stesse della criminalità, e per questo motivo ne chiede l'eliminazione (Christie, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985) e (2) l'abolizionismo istituzionale, che pur non intendendo rinunciare al sistema di giustizia penale, richiede però l'abolizione di tutte le istituzioni totali. A proposito di quest'ultimo orientamento Eusebi (*La pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990) osserva che, «ove non intenda negare aprioristicamente almeno un certo grado di autonomia del fenomeno criminale rispetto ai meccanismi ascrittivi del sistema punitivo, l'altro orientamento disponibile all'abolizionismo [quello istituzionale] per escludere la legittimità del ricorso al diritto penale è quello di disconoscerne, in qualsiasi caso, l'utilità preventiva: la pena assumerebbe, come si è sostenuto, un mero carattere declamatorio e rituale, del tutto incidente, se non nei termini di un incremento della sofferenza, sulla diffusione della criminalità». Probabilmente, da quest'ultimo orientamento prese ispirazione il modello riparativo, come affermato da Ciappi, Coluccia, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997, 110, secondo cui «fa propria l'esigenza di sopperire ai difetti del modello retributivo, basato unicamente sulla sanzione come risposta statale al fenomeno della criminalità, e di quello riabilitativo, che spesso confonde le reali esigenze della prevenzione con quelle della repressione, le ragioni della scienza con le ragioni del potere e dimostratosi inefficace».

32. I principi come la riconciliazione, la riparazione e la guarigione sono evidenti nelle religioni e soprattutto in quella cristiana. Braithwaite, *Principles of Restorative Justice*, in v-Hirsch (a cura di), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigm?*, Oxford, 2003) ha affermato che la giustizia biblica è una giustizia riparativa, in quanto la *lex talion* è un'interpretazione molto semplificata. Bianchi, *Justice as sanctuary: toward a new system of crime control*, Bloomington, 1994, 29, in maniera più severa, osserva che «qui siamo di fronte ad un marchiano errore intenzionale nella traduzione dei testi biblici» e spiega che in quasi tutti i passaggi della bibbia nella traduzione inglese, quando troviamo la parole *retribuzione*, nel testo ebraico le radici e le lettere dei termini corrispondenti, sono sh-l-m, (meglio conosciute come shalom), che significa *pace*. Quindi quei termini non devono assolutamente intendersi come "retribuzione", specificamente proibita dalla Bibbia. "Occhio per occhio", allora più che essere un richiamo alla retribuzione, deve essere inteso come il limite posto a non chiedere mai un valore più alto di ciò

tion[33]. Di tale modo di fare giustizia, va evidenziato che vi sono diverse forme o tipologie: da quella integrata con il sistema retributivo, come sopra ipotizzato, a quelle più drastiche e di rottura con il sistema tradizionale, che auspicano che la giustizia riparativa sia alternativa a quella punitiva (retributiva), ovvero sostituisca il sistema della punizione e del castigo, restituendo la soluzione del conflitto alla composizione tra reo e vittima, in favore del quale lo Stato, detentore del monopolio di punire, abdichi, salvo che il reo rifiuti di cooperare o la procedura fallisca per altra ragione[34]. Poi, infine, vi è la proposta che guarda alla giustizia riparativa come complementare a quella tradizionale.

Ma è davvero possibile ipotizzare la sostituzione del sistema tradizionale con uno riparativo?

È certamente prematuro fare un'ipotesi di implementazione di un tale sistema, poiché è necessario uno sviluppo sul piano prasseologico; tuttavia, si è indotti ad un tentativo, almeno a livello teorico, al fine di verificarne l'impostazione astratta che dovrebbe fungere da supporto ontologico nell'ipotesi empirica. Tale tentativo viene qui appena tracciato.

In prima battuta, tenuto conto dell'obbligo costituzionale dell'azione penale, che rende impossibile (o altamente difficile) soppiantare la giustizia tradizionale,

che è stato danneggiato. A supporto di questa spiegazione, Zehr, *Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*, 4, Akron, PA, Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1985, spiega che «la *lex talion* era intesa come mezzo per portare la pace attraverso la compensazione, mirata al mantenimento dell'equilibrio tra i gruppi». Lo stesso A. afferma che «quando gli elementi costitutivi delle società erano le tribù o le famiglie, e questo è il caso riferibile al contesto del Vecchio Testamento, era possibile concepire la "ristorazione" dell'uguaglianza sociale tramite il sacrificio di un membro di una tribù come compensazione per la perdita di una vittima di un'altra tribù». Secondo Zehr, l'idea di Shalom, ristorazione, non retribuzione quindi, era centrale nel concetto di giustizia nel Vecchio Testamento, dove «la ristorazione e la restituzione andavano oltre la punizione, dato che il tema principale era il ritorno delle buone relazioni tra i gruppi».

33. Se le istanze dei *victims' movements* invocavano un ampliamento del ricorso a forme di risarcimento a favore della vittima, l'approccio incarnato dalla *restitution*, vuole fare del risarcimento il fine stesso della risposta punitiva al reato, facendogli perdere quella che nel diritto penale attuale è la sua "funzione ancillare" rispetto alla pena, sostituendola completamente a questa. Tramontano, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2010, 2, richiamando i contributi di Van Ness e Strong, ha evidenziato i principali argomenti su cui si fonda la proposta del movimento per la *restitution*: (a) la vittima è il soggetto autenticamente colpito dal reato; (b) sono necessarie forme di pena meno intrusive, e comunque alternative al carcere; (c) richiedere all'autore di reato di risarcire la vittima può avere un effetto riabilitativo; (d) la *restitution* è relativamente facile da ottenere e garantire (ad esempio attraverso azioni esecutive); (e) un adeguato risarcimento, reso in modo pronto e visibile, riduce istanze "vendicative" da parte di vittime e società civile.

34. Per una sintesi dell'oggetto dell'abolizionismo, cfr. Eusebi, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, Roma, 2011, 81 ss.

escludendo i crimini di una certa gravità e quelli contro interessi impersonali, si potrebbe prevedere una giustizia riparativa sostitutiva di quella giurisdizionale penale in taluni settori e taluni reati laddove l'interesse privato condiziona l'esercizio del diritto di punire statuale: si pensa all'ampio ambito dei reati a querela o istanza della persona offesa, in cui la volontà della vittima già oggi incide sull'inizio e prosecuzione dell'azione punitiva pubblica. Se a tale giustizia punitiva si sostituisce quella riparativa, l'interesse privato può essere ugualmente (o meglio) garantito, poiché il processo riparativo dialogico, nell'impostazione *duffiana*, conserva tutte le funzioni proprie del diritto punitivo (afflittive, dissuasive, retributive, rieducative), ma garantendo alla vittima un ruolo sostanziale nella responsabilizzazione del reo, che, nell'attuale sistema dei reati ad istanza privata, è limitato alla sola condizione processuale.

Ad ogni modo, appare più opportuno concentrarsi non sul sistema, al fine di verificarne un'impossibile (o quantomeno difficile) sostituzione, anche solo per alcuni settori delle previsioni criminali, ma sulla pena o, meglio, su quell'aspetto della stessa che si è definito "progetto" volto a segnare il percorso di risocializzazione dialogica, anche nell'ipotesi (non remota) in cui la vittima non voglia partecipare al programma di risocializzazione del reo o non riesca a superare il torto subito e l'istinto vendicativo, mentre il reo abbia dato prova di comprensione del danno conseguente al suo comportamento criminale e, dunque, di pentimento e responsabilizzazione.

Riepilogando, la pena rieducativa è costituita da una sanzione proporzionata alla colpevolezza del reo attraverso una misura temporale e di genere, che vada cioè a neutralizzare uno o più aspetti della libertà personale del reo in ossequio alla gravità del fatto, fino a quella fisica che include tutti gli altri aspetti della vita di relazione, secondo tempi determinati dal giudice della cognizione nei limiti della cornice edittale. A tale sanzione deve essere affiancato un progetto di risocializzazione, secondo protocolli prestabili e personabilizzabili dal giudice, che stabiliscano, se si vuole, *le tappe del cammino di espiazione della sanzione*, favorendo il momento comunicativo con recupero della centralità della vittima e l'utilizzo di strumenti riparativi. La pena rieducativa è, in definitiva, «sanzione e progetto di risocializzazione».

A questo punto, è opportuno identificare gli strumenti riparativi che potrebbero essere utilizzati per la risocializzazione del reo, durante la fase esecutiva della pena (*rectius*, del suo momento comunicativo), guardando alle esperienze già implementate nella tradizione europea, ma anche in quella italiana.

6. *La giustizia riparativa nella tradizione europea ed in quella italiana. La mediazione penale come tratto comune delle maggiori esperienze di giustizia riparativa in Europa. Le consolidate esperienze anglosassone e francese e le nuove sperimentazioni nelle giovani codificazioni*. Le forme di giustizia riparativa che si incentrano sull'incontro tra

la vittima e l'autore, come la mediazione[35], sono comuni a molti paesi europei e vengono utilizzate, prevalentemente, nella fase precedente l'esercizio dell'azione penale. Paesi come Austria, Norvegia e Gran Bretagna sono tra i primi in Europa ad aver adottato dei programmi di giustizia riparativa.

L'indirizzo europeo allo sviluppo di tale forma di giustizia penale si rinviene, certamente, nella raccomandazione relativa alla "Mediazione in materia penale", che invita gli Stati membri a tenere presente i principi generali in tema di mediazione, indicando le regole che devono disciplinare l'attività degli organi della giustizia penale in relazione alla stessa, gli *standards* da rispettare per tale attività, le indicazioni sulla qualifica dei mediatori e sulla loro formazione, il trattamento dei casi individuali agli esiti della mediazione, le attività di ricerca e valutazione che gli Stati membri dovrebbero promuovere sulla materia[36].

Se vero che la mediazione costituisce uno degli strumenti della giustizia riparativa più utilizzato nel panorama europeo, è necessario menzionare anche solo i meri *esiti riparativi*, definiti, in particolare, dall'art. 3 della Risoluzione 2002/15 del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, avente ad oggetto i «Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale», come «*responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender*».

Nella Conferenza internazionale tenutasi a Greifswald (Germania) in data 4 e 5 maggio 2012, che si inserisce nel quadro del progetto *Restorative Justice in Penal Matters in Europe* finanziato dalla Commissione Europea, nell'ambito del programma Giustizia penale 2007-2013, si è avuta la possibilità di rappresentare lo stato dell'arte della giustizia riparativa nelle esperienze nazionali europee, utile per un'analisi comparativa, al fine di tracciare un'eventuale percorso comune[37].

35. Peters, *Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges*, in *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, 2000, 11, secondo cui «Quasi ovunque in Europa la *victim-offender mediation* è considerata il modo migliore per raggiungere gli obiettivi della giustizia riparativa. Spesso non si fa distinzione: la *victim-offender mediation* è la giustizia riparativa e la giustizia riparativa rimane limitata all'utilizzo della *victim-offender mediation*».

36. Raccomandazione Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(99)19 adottata il 15 settembre 1999, § 4: «*La médiation en matière pénale devrait être possible à toutes les phases de la procédure de justice pénale*».

37. Si farà riferimento all'importante resoconto delle relazioni svolte durante la Conferenza da Flor, Mattevi, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, ma anche allo studio comparato di Austria, Francia e Italia del Progetto MEDIARE, *Mutual exchange of data and information about restorative justice*, Programma comunitario Grotius II Penale, 2004.

6.1. *L'area scandinava*. Norvegia e Finlandia hanno sperimentato il processo mediativo già nei primi anni ottanta, giungendo solo nel primo caso ad un tempestivo riconoscimento legislativo, mentre la Danimarca ha dato vita a sperimentazioni solo a partire dal 1994, posticipando fino al 2010 ogni intervento normativo.

Nell'esperienza danese, in particolare, l'attivazione della mediazione è devoluta alla polizia, senza che sia richiesto un previo esplicito riconoscimento di responsabilità da parte del reo, salvo dover evidenziare che i maggiori problemi pratici nell'applicazione dell'istituto si incontrano a causa dell'opposizione delle vittime, che si rifiutano frequentemente di sedersi al tavolo mediativo oppure, una volta sedute, se ne allontanano con una certa facilità.

Per la Svezia, le esperienze di mediazione sono in progressiva crescita, soprattutto in ambito minorile, sempre a partire dalla fine degli anni ottanta, per giungere, nel 2002, ad una disciplina, ancora non completa, che detta alcune linee generali, capaci tuttavia di supportare uno sviluppo omogeneo dell'istituto su tutto il territorio nazionale.

In Finlandia, la giustizia riparativa ha raggiunto un livello altissimo di applicazione, con un importante successo deflattivo, ma anche conciliativo, ove si pensi che la maggior parte degli esperimenti si conclude con un accordo risarcitorio, o solo con semplici scuse. La mediazione viene attivata in fase di indagini dal pubblico ministero o dalla polizia, che – quando ritengono che il caso sia adatto alla procedura (sono normalmente esclusi i reati violenti) – informano le parti di questa facoltà. Se l'esito è positivo si aprono due soluzioni, sul versante procedimentale: (a) se il reato è procedibile a querela, questa viene ritirata, impedendo la prosecuzione del giudizio; (b) se, invece, il reato è procedibile d'ufficio, il pubblico ministero può archiviare o chiedere al giudice che dell'accordo si tenga conto ai fini dell'attenuazione della pena.

6.2. *L'area centro-orientale*. Per l'area centro-orientale europea, si osserva una notevole disomogeneità di sviluppo della giustizia riparativa, dovuta, in particolare, ai ritardi nella sua implementazione.

In Bulgaria, le pratiche riparative – intendendo con queste essenzialmente la mediazione penale – sono ampiamente conosciute ed apprezzate in ambito scientifico come strumenti integrativi della giustizia tradizionale, ma senza un particolare successo empirico, nonostante il *Bulgarian Mediation Act* del 2004, con il quale la mediazione è stata introdotta in ambito civile e familiare, ha riconosciuto la possibilità di inserire nell'ordinamento anche una disciplina delle pratiche mediative nel rapporto tra autore e vittima del reato, senza tuttavia far seguito alcuna concreta iniziativa attuativa del legislatore in materia penale ed il nuovo codice di procedura penale del 2005, entrato in vigore l'anno successivo, ha del tutto omesso di disciplinare l'istituto.

Per la Bosnia-Erzegovina e la Croazia, l'implementazione di sistemi di giustizia riparativa è resa difficoltoso dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, anche se la mediazione penale rappresenta una misura di *diversion* molto importante nella fase pre-processuale (attraverso una sorta di sospensione condizionata della procedibilità), gestita prevalentemente da organismi non governativi e da altri professionisti esterni all'organizzazione giudiziaria.

L'esperienza ungherese è relativamente breve, in quanto, solo dall'inizio del 2007, è stata introdotta nel codice di procedura penale una disciplina specifica della mediazione, che può essere avviata, in particolare, in fase pre-processuale, su istanza della persona sottoposta alle indagini o della vittima, e con il loro consenso, nei procedimenti penali riguardanti reati contro la persona, contro la sicurezza dei trasporti o contro il patrimonio per i quali è prevista una pena non superiore a cinque anni di reclusione. Va segnalata la nozione di vittima in questo contesto che è molto ampia, comprendendo anche le persone giuridiche, ma la prospettiva futura è quella di pensare ad un'applicazione della mediazione addirittura ad ipotesi in cui la vittima non sia identificata, con l'effetto che tale istituto assumerebbe una specifica funzione di riparazione della frattura istituzionale che il reato a perpetrato nella collettività (*rectius*, ordinamento). L'accesso alla mediazione presuppone l'ammissione di responsabilità del reo, ovvero una vera e propria confessione dei fatti commessi. L'esito positivo della mediazione può condurre all'archiviazione del procedimento. In ogni caso, comunque, l'esito anche negativo non può essere utilizzato contro la persona sottoposta alle indagini. In generale, infine, le dichiarazioni rilasciate dalle parti nell'ambito del procedimento di mediazione non possono assumere valore probatorio.

È interessante, poi, l'esperienza della Lettonia, dove la mediazione in materia penale si è imposta nella pratica grazie soprattutto all'operato delle organizzazioni non governative e dello *State Probation Service*, un istituto pubblico, dipendente dal Ministero della Giustizia, che si occupa della risocializzazione dei condannati, in particolare a lavori di pubblica utilità (grandemente impiegati nel sistema penale). L'attenzione al tema della giustizia riparativa ha suscitato diverse proposte di riforma, tra le quali si deve menzionare quella rivolta ad inserire tra i più tradizionali fini della pena anche la riparazione, definita più precisamente come *restoration of justice*.

Per la Polonia, l'introduzione della mediazione nei codici penale e di procedura penale del 1997 ha assunto un significato politico di rinnovamento e rottura con il passato e, comunque, ha, in qualche misura, avuto un discreto successo nella pratica, anche per la fase esecutiva della pena[38].

38. Art. 320 c.p.c. polish: «*§ 1. If it is relevant in connection with a respective motion to the court, the state prosecutor may, on his own initiative, or with the consent of parties, refer the case to a trustworthy institution or person in order to conduct a mediation procedure between the suspect and the injured. § 2.*

La mediazione penale nell'ordinamento sloveno, introdotta nel 1999, ha riscosso un notevole successo soprattutto nella fase delle indagini preliminari, potendo portare all'archiviazione del procedimento in ipotesi di esito positivo.

6.3. *L'area anglosassone*. Le esperienze dell'Inghilterra e del Galles sono le più interessanti, anche perché gli strumenti della giustizia riparativa (come i *reparation orders*) sono ampiamente impiegati, in ipotesi di reati lievi ed imputati non recidivi, in ambito minorile, anche grazie al *Crime and Disorder Act* del 1998, mentre – per quanto riguarda gli adulti – sono ancora del tutto privi di supporto normativo ed hanno cominciato solo timidamente ad apparire, sempre per reati di lieve entità, dal 2003, attraverso il *conditional caution*, un ammonimento condizionato, anche a pratiche riparative, che può formulare il pubblico ministero. La vittima viene direttamente coinvolta nella definizione della riparazione, quando, in particolare, per la natura della stessa, si impone come necessario od opportuno il suo consenso. Qualora, invece, l'ammonimento segua lo svolgimento di un processo riparativo, le condizioni possono riflettere l'esito dello stesso, attivato autonomamente dalle parti. Abbastanza frequente – anche se non diffusa omogeneamente sul territorio – è, infatti, la mediazione sperimentata, unitamente ad alcuni schemi di *conferencing*, all'esterno del sistema ufficiale di giustizia penale e gestita prevalentemente da associazioni di volontari che lavorano in stretto contatto con il governo locale, la polizia ed il servizio sociale. Le modalità e gli effetti della collaborazione tra gli enti variano profondamente e sono in gran parte rimessi alla discrezionalità del pubblico ministero e della polizia. Il processo penale per il resto rimane intrinsecamente retributivo nella pratica, anche se in sentenza il giudice deve ordinare al condannato di risarcire la vittima per ogni offesa, perdita o danno subito come conseguenza del reato o motivare qualora si astenga dall'ordine.

6.4. *L'area centro-meridionale*. In Austria, la giustizia riparativa, dapprima, sperimentato in alcuni centri sin dagli anni ottanta, successivamente è stata normativamente introdotta, prima in ambito minorile (1988) e, successivamente, nel codice di procedura penale (1999), al fine di consentire la deprocessualizzazione in un ordinamento altrimenti vincolato al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Le condizioni stabilite dalla legge per accedere alla *diversion* sono le se-

Having conducted the mediation proceedings, a trustworthy institution or person shall prepare a report on its course and results, which the state prosecutor shall take into account when deciding on submission to the court of the respective motion referred to in § 1. § 3. The Minister of Justice shall set forth, by ordinance, conditions to be met by institutions and persons authorized to conduct mediation, the scope and terms of giving them access to the case files, as well as the principles and procedures for preparing reports on the course and results of the mediation proceedings».

guenti: l'indagato deve avere un'alta probabilità di condanna; l'indagato deve essere consapevole di aver fatto qualcosa di sbagliato (ma non è necessaria la piena confessione); l'indagato non deve aver commesso un reato che richiede l'applicazione di misure di prevenzione generale. Questa condizione si verifica nel caso in cui l'indagato che chiede di ricorrere alla mediazione sia già stato condannato per altri reati, nell'anno precedente (la durata del periodo può variare); la vittima ed i suoi interessi devono essere tenuti in adeguata considerazione. In Austria, le forme di *diversion* costituiscono un'alternativa alla sanzione penale tradizionale. In generale, il Pubblico Ministero utilizza la mediazione penale (*Außergerichtlicher Tatausgleich*) come forma di archiviazione. Tuttavia la mediazione penale può essere utilizzata anche come semplice circostanza attenuante, ovvero come condizione per la concessione della messa alla prova o del rilascio sulla parola.

L'ordinamento belga conosce ampiamente tutte le forme della giustizia riparativa, in tutte le sue forme. La mediazione penale può dirsi indirettamente riconosciuta dal legislatore belga con la legge del 1994, che ha introdotto il nuovo art. 216-*ter* c.p.p., per i reati per cui il pubblico ministero ritiene che si possa applicare la pena non superiore a due anni di reclusione. Il pubblico ministero, dunque, convoca l'indagato, invitandolo a indennizzare o riparare il danno causato dalla condotta vietata. Il pubblico ministero, se del caso, può convocare, altresì, la vittima, al fine di organizzare una mediazione**.** A differenza di quasi tutti gli altri paesi europei, dove la giustizia minorile ha rappresentato il terreno privilegiato di sperimentazione delle pratiche riparative, in Belgio, questa si è diffusa soprattutto nella giustizia ordinaria. L'esito positivo dell'invito conciliativo determina «*l'extinction de l'action publique*». Una diversa forma di mediazione, invece, è stata introdotta – dopo una compiuta sperimentazione – solo nel 2005, per i reati più gravi, con l'obiettivo di far evolvere l'applicazione dello strumento, sottraendolo ad una spiccata funzionalizzazione diversiva. L'esito positivo del processo mediativo può essere considerato dal giudice esclusivamente in sede di commisurazione della pena.

L'ordinamento spagnolo non conosce l'istituto della mediazione penale, certamente nell'ambito della giustizia ordinaria, mentre, a partire dal 2000, ha fatto capolino nella giustizia minorile. Ad ogni modo, vi sono degli istituti che possono essere ricondotti alla giustizia riparativa. Innanzitutto, è previsto un tentativo di conciliazione preliminare obbligatorio, in ipotesi di procedimenti per diffamazione ed ingiuria. Poi, il codice penale riconosce alcuni benefici, in termini soprattutto di attenuazione della pena o di sua sospensione, qualora siano state poste in essere condotte riparative. I reati procedibili a querela rappresentano il vero terreno di possibile sperimentazione della mediazione e, così, sfruttando i piccoli spazi lasciati dal sistema alla giustizia riparativa, in alcune realtà locali, su iniziativa dell'amministrazione, sono sorti dei servizi di mediazione, che operano sperimentalmente a favore di alcune Corti.

Infine, la Francia ha un'antica tradizione di giustizia riparativa che risale ai tempi della Rivoluzione francese, quando fu istituita la figura dello *jude de paix*[39]. L'ordinamento penale francese utilizza misure di riparazione, tra cui la mediazione, già a partire dagli anni settanta-ottanta. La scelta di sperimentare forme di giustizia riparativa è dovuta, da un lato, al fallimento dell'apparato giudiziario e, dall'altro, alla perdita della tradizionale capacità di gestire i conflitti da parte dei gruppi più vulnerabili sul piano socio economico. L'emergere negli anni Ottanta di un forte domanda di sicurezza sociale, collegata all'incremento dell'urbanizzazione, al degrado connesso delle periferie e delle grandi città, a una società sempre più multietnica, porta alla creazione delle *Maison de justice et du droit*, le strutture che gestiscono la mediazione penale. Tali strutture possiedono diverse caratteristiche, poiché rappresentano un luogo terzo rispetto all'aula giudiziaria, pur essendo create su impulso del Procuratore della Repubblica; svolgono una funzione di supporto ai servizi e alle associazioni che agiscono sul territorio a tutela del cittadino e a sostegno delle situazioni di disagio (le associazioni di aiuto alle vittime, le associazioni per la mediazione, i servizi sociali territoriali etc.). L'accesso alla mediazione penale è, comunque, agevolato dalla mancanza del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, con l'effetto che le parti non devono obbligatoriamente ricorrere all'autorità giudiziaria per attivare il procedimento di mediazione. La mediazione si attua per reati ed infrazioni che prevedono pene inferiori ad un mese e che sono quasi sempre causate da conflitti in ambito familiare, lavorativo, di vicinato, tra persone, quindi che si conoscevano già prima del reato e che saranno costrette a rincontrarsi. Tale strumento riparativo è normalmente avviato all'interno dell'ordinaria procedura penale, sia dal pubblico ministero, che dalle parti, ma non è sottoposto al controllo giudiziario. La conduzione della mediazione è affidata o alle *Maisons de justice ed du droit*, che dipendono direttamente dalla Procura (mediazione non delegata o *retenue*), o alle associazioni per le vittime[40], che stipulano un apposito accordo con la Procura della Repubblica competente (mediazione delegata o *delegue*).

6.5. *L'esperienza italiana*. Si è già accennato alla difficoltà costituzionale che incontra nel nostro sistema l'ipotesi di una sostituzione della giustizia tradizionale con quella riparativa o, meglio, con lo strumento della mediazione. È venuto ora il momento di approfondire la relativa problematica.

Tale istituto parrebbe contrastare con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, previsto dall'art. 112 Cost., poiché, si dice, la conciliazione tra le parti

39. Un esperimento, quello del Giudice di pace, rivelatosi fallimentare a causa di un apparato di giustizia troppo burocratizzato. Nel 1958 lo *jude de paix* viene abolito e sostituito dalla figura del *conciliateur*, che mantiene competenze riparative/conciliative soprattutto in ambito civile.

40. Le principali associazioni sul territorio francese sono: *Istitut National d'aude aux victimes et de la Mediacion* (Inavem); *Comité de Laison des Association de contrôle judiciarie* (Clcj).

non fa venire meno il disvalore del comportamento vietato che non può coincidere (sempre) con l'interesse particolare della vittima. Fatta eccezione, dunque, per i reati perseguibili a querela della persona offesa ed in relazione a solo quelli per cui la stessa è rimettibile, è evidente che l'intervenuta conciliazione tra autore del fatto e vittima implicherebbe il certo arresto del procedimento penale.

La questione, dunque, si pone in relazione ai reati procedibili *ex officio*, per cui l'iniziativa pubblica obbligatoria è regolata dal criterio dell'idoneità degli elementi indiziari per sostenere l'accusa in giudizio, prevista dall'art. 125 disp. att. c.p.p., con l'effetto che l'archiviazione non può essere richiesta sulla base di scelte conciliative, che non possono incidere sulla prova del fatto commesso. Non paiono sostenibili le soluzioni proposte relativamente ad un'applicazione «non rigorosa del principio di obbligatorietà»[41] che, argomentando dalla giurisprudenza costituzionale[42], fanno leva sull'offensività in concreto *ex post*, poiché «la riparazione del danno riduce il disvalore sociale della condotta, diminuendo – qualora non riesca, addirittura, ad azzerarle – le conseguenze pregiudizievoli»[43], optandosi meglio su soluzioni di mediazione processuale che vadano a sostituire la pena senza escludere il processo e, dunque, facendo salvo il principio di cui all'art. 112 Cost.

Ora, in ordine agli strumenti riparativi vigenti nel nostro ordinamento, va evidenziato che la mediazione è stata introdotta nella prassi, conformemente alla tradizione europea, innanzitutto nel sistema minorile, in forza del disposto degli artt. 9 e 27 D.P.R. 448/1988 per la fase delle indagini preliminari, ed in virtù degli artt. 27 e 28 D.P.R. 448/1988, per le fasi successive[44].

41. Patanè, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in Giostra, Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, 27.

42. Corte cost. n. 88 del 1991, secondo cui «la regola che l'art. 125 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 (art. 125 disp. att. c.p.p.) (norma di attuazione del nuovo codice di procedura penale) detta per il pubblico ministero, quando deve decidere se iniziare o meno un'azione penale, consiste in una valutazione degli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, (come già previsto nel testo dell'art. 115 del progetto preliminare) bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio nel senso, cioè, che la valutazione degli elementi di prova acquisiti durante le indagini preliminari diventa funzionale non alla condanna bensì alla sostenibilità dell'accusa. Così come formulata, la norma è, in definitiva, la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale a dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che, quindi, la notizia di reato, è, sul piano processuale, infondata. L'impossibilità di sostenere la prospettazione accusatoria deve essere quindi chiara e non equivoca, coerentemente all'univocità dell'infondatezza ("manifesta") che connota la formula usata nell'art. 2, direttiva 50, della legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81».

43. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in Aleo, Barone (a cura di), *Quaderni del dipartimento di studi politici 2/2007*, Milano, 2007, 38.

44. Senza intenzione di completezza, in dottrina, si rinvia a Cesari, *Sub art. 27 d.P.R. 448/1988*, in Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, Milano, 2009; Id., *Sub artt. 28-29 d.P.R. 448/1988*,

Per quanto riguarda, invece, la giustizia ordinaria, il legislatore italiano ha introdotto lo strumento della mediazione nel sotto-sistema della giurisdizione penale di pace, in ossequio a quanto previsto dall'art. 29 d.lgs. 274/2000, che può essere disposta dal giudice onorario in presenza di reati procedibili a querela di parte, in sede di udienza di comparizione, avvalendosi di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio, qualora tale attività possa favorire la conciliazione tra autore del reato e vittima e, dunque, con una chiara finalizzazione deflattiva volta alla caducazione dell'azione penale per volontà della vittima (rimessione della querela)[45].

Al pari di quanto previsto dal sistema minorile, l'istituto della particolare tenuità del fatto è previsto come causa di improcedibilità dell'azione penale dall'art. 34 d.lgs. 274/2000[46] e va formulata nella coesistenza di quattro parametri, di cui due inerenti al fatto di reato (l'esiguità del danno o del pericolo ed il grado della colpevolezza) e due inerenti all'agente (l'occasionalità della condotta e le esigenze di vita), oltre all'assenza di un requisito negativo: la carenza di interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Tale interesse negativo non può essere «generico ed imprecisabile»[47], ma andrebbe correlato alle previsioni di cui agli artt. 29 e 35 d.lgs. 274/2000, nel senso che la vittima può opporsi alla declaratoria di improcedibilità per tenuità del fatto nell'ipotesi in cui non si sia conciliata con l'autore del reato o non abbia ottenuto alcun risarcimento. La scelta del le-

ibid.; Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettiva di riforma*, in *Cass. pen.*, 1996, 1669 ss.; Di Nuovo, Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2005; Giannino, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997; Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 508 ss.; Larizza, *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in Presutti, Palermo Fabris (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2002, 249 ss.; Pansini, *Udienza preliminare*, in *ibid.*, 496 ss.; Sfrappini, *Sub art. 27 D.P.R. n. 448/1988*, in Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile, Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2009; Musacchio, *Manuale di diritto minorile. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Padova, 2007; Iasevoli, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012.

45. In dottrina, Sotis, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in Mannozzi (a cura di), *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, 47 ss.

46. Nella letteratura, senza pretese di completezza, Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss.; Caprioli, Melillo, Ruggieri, Santalucia, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496 ss.; Cerqua, *Improcedibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Gpace*, 2003, 4, 326 ss.; Diotallevi, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale*, in *Cass. pen.*, 1998, 2806 ss.; Vinciguerra, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 2077 ss.; Salcuni, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000*, in *Cass. pen.*, 2007, 2901 ss.; Sgubbi, *L'irrilevanza del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in Picotti, Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 159 ss.

47. Bartoli, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 180.

gislatore non è condivisibile, ove si guardi poi alla notevole differenza tra quanto previsto per la fase delle indagini preliminari, in cui il decreto di archiviazione per tenuità del fatto può essere adottato anche nell'ipotesi di opposizione della persona offesa, e quanto stabilito per la fase dibattimentale, ove tale opposizione costituisce un vero e proprio veto alla declaratoria di improcedibilità, che, ovviamente, ne inficia la stessa potenzialità deflattiva, ma anche riparativa. Ed invero, tale opposizione della vittima deve mirare solo a sollecitare il reo ad assumere un atteggiamento conciliante e di comprensione nei confronti della vittima, al fine di evitare comportamenti di indifferenza nei confronti dell'offesa perpetrata[48].

La condotta riparatoria, già prevista, fra l'altro, nel sistema della responsabilità da reato degli enti collettivi e nell'ipotesi di cui all'art. 341-*bis* c.p.[49], assume una particolare importanza nel microsistema di pace, in quanto l'art. 35 d.lgs. 274/2000 disciplina una definizione alternativa del procedimento con finalità deflattive ed esigenze di ricomposizione tra autore e vittima, che determina, nell'ipotesi affermativa, l'estinzione del reato[50] o, secondo una parte della dottrina, nonostante il tenore letterale della disposizione, tale condotta configura una causa sopravvenuta di non punibilità[51].

Allo stesso modo, un ruolo importante è stato assunto dal lavoro di pubblica utilità, sanzione riparatoria in senso ampio, da poco introdotta come sanzione sostitutiva della pena detentiva o pecuniaria, anche per la guida in stato di ebbrezza. Originariamente previsto solo dall'art. 73, co. 5-*bis* d.P.R. 309/1990, consiste nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività

48. Tale norma è stata oggetto di censure di illegittimità proprio in ordine al requisito negativo della non-opposizione della vittima, ma la Corte costituzionale le ha dichiarate tutte inammissibili senza entrare nel merito delle censure. Cfr. Corte cost. n. 34 del 2003; Id. n. 63 del 2007.

49. Nel nostro ordinamento vi sono diverse disposizioni di legge che da condotte riparatorie o risarcitorie fanno discendere degli effetti in ordine al trattamento sanzionatorio: e così, rispetto alla commisurazione della pena si guardi agli artt. 62, co. 1, n. 6 e 133, co. 2, n. 3, c.p.; ancora in merito all'esecuzione della pena, l'art. 47, co. 7, o.p.; o infine, in ordine all'an dell'esecuzione, gli artt. 165, co. 1, e 176, co. 4, c.p.

50. In dottrina, fra i tanti, Bernardi, *Aspetti penali sostanziali. 2. Giudice di pace e reati nella legislazione speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 172 ss.; Cerqua, *La rilevanza delle condotte riparatorie dell'imputato con riferimento ai reati di pericolo*, in *Gpace*, 2009, 79 ss.; Eusebi, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relative alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in Picotti, Spangher (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive*, Milano, 2003, 55 ss; Flora, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in Picotti, Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, Milano, 2002, 149 ss.; Galatini, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in *ibid.*, 217 ss.; Giunta, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in *Gpace*, 2006, 80 ss.; Lunghini, *La competenza penale del giudice di pace: l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Gpace*, 2001, 2, 240 ss.

51. *Ex multis*, Guerra, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Milano, 2001, 506.

da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti e organizzazioni di assistenza sociale o volontariato[52]. Gli artt. 186 co. 9-*bis*, e 187, co. 8-*bis* C.d.S., così come modificati, prevedono che la pena detentiva e pecuniaria per la guida in stato di ebbrezza può essere sostituita, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 d.lgs. 274/2000, secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze[53]. La sanzione viene disposta dal giudice solo su richiesta dell'imputato[54], in armonia con quanto previsto dall'art. 4 Convenzione EDU[55].

7. *Note conclusive sul ruolo della vittima nel sistema penale europeo ed il risarcimento come strumento riparativo in funzione solidaristica*. La giustizia riparativa e, in particolare, il ruolo della vittima nell'accertamento del reato (e non solo) sono evidenziati nella recente direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, preceduta da

52. La prestazione di lavoro, ai sensi del decreto ministeriale 26 marzo 2001, viene svolta a favore di persone affette da HIV, portatori di handicap, malati, anziani, minori, ex detenuti o extracomunitari; nel settore della protezione civile, nella tutela del patrimonio pubblico e ambientale o in altre attività pertinenti alla specifica professionalità del condannato.

53. La pena in questione è applicata all'imputato per i reati previsti dall'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990 (produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti di lieve entità), nonché nell'ipotesi generale di cui all'art. 105 l. 689/1981, quando non può essere concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena; viene comminata in alternativa alla pena detentiva e alla pena pecuniaria, con le modalità previste dall'art. 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274. La legge 9 agosto 2013, n. 94 ne ha potenziato il ricorso per i tossicodipendenti introducendo il co. 5-*ter* che prevede che la misura possa applicarsi anche per un reato diverso da quelli previsti dal co. 5, purché commesso per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione.

54. Ma anche del difensore munito di procura speciale, Cass. pen. Sez. III, 3 febbraio 2010, n. 16849.

55. Nel senso di una necessaria collaborazione del reo per scopi di risocializzazione, Aprile, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2007, 292; V. Zagrebelsky, *Solo un piccolo catalogo di reati supera la portata stretta della delega*, in *D&G*, 2000, 31, 6. Si ritiene che qualora il condannato chieda di poter svolgere il lavoro di pubblica utilità, il giudice sia tenuto ad applicare tale pena, in luogo della permanenza domiciliare, che per un verso presenta più marcati caratteri di afflittività, andando ad incidere sulla libertà personale del reo in maniera più estesa a diversi aspetti della stessa, e, dall'altro, la stessa è sprovvista di positive attitudini risocializzanti. «Assecondare la richiesta del condannato che dimostra "un'autentica volontà di risocializzazione" corrisponde tra l'altro alla logica della mediazione cui è ispirato il sottosistema del giudice di pace». Cfr. Leoncini, *Le sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 198; Manozzi, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 314 ss.

un'ampia elaborazione normativa a livello europeo ed internazionale[56], adottata in ossequio a quanto previsto dall'art. 82, § 2, TFUE che attribuisce alla competenza eurounionista *i diritti delle vittime della criminalità*[57]. In tale prospettiva, la direttiva contempla diversi strumenti riparativi oltre alla mediazione penale, contenendo una definizione di giustizia riparativa come qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, previo consenso libero ed informato, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. L'indirizzo tracciato dalla disposizione europea è quello di individuare le condizioni perché le vittime possano giovarsi di servizi di giustizia riparativa (tra i quali comprende la mediazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi), apprestando garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, e l'intimidazione[58].

La giustizia riparativa e il precauzionismo[59], ma la stessa predisposizione di una tutela penale della prevenzione, volta ad evitare vittime, come l'indirizzo della giurisprudenza convenzionale sull'elaborazione degli obblighi *positivi* di penalizzazione[60], sono un carattere innovativo del diritto penale contemporaneo, rispetto a quello tradizionale che ruotava intorno al solo autore del reato ed alla punizione di comportamenti, di regola, dannosi[61]. Oggi, il percorso di avocazione della tutela dei diritti offesi, da parte del sistema penale, è giunto ad un punto di (necessaria) inversione:

56. Giuffrida, *Verso la giustizia riparativa*, in *Mediares*, 3, 2004 elenca tutta l'ampia normativa di indirizzo europeo in *subiecta materia*, succedutesi sino alla direttiva appena menzionata.

57. Per un generale inquadramento delle fonti internazionali ed europee in materia di tutela della vittima, senza alcuna intenzione di completezza, Aimonetto, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 1327 ss.; Armone, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, 99 ss.; Id., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in *FI*, 2011, 204 ss.; Del Tufo, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.; Id., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *QG*, 2003, 705 ss; Id., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in Fiandaca, Visconti (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, 107 ss.; Gamberini, *Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisations*, in Giudicelli-Delage, Lazerges (a cura di), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, 159 ss.; Lanthiez, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in *ibid.*, 145 ss.; Sanz-Dìez de Ulzurrun Lluch, *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Union europea*, in González González (a cura di), *Panorama actual y i perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Madrid, 2007, 137 ss.

58. Conigliaro, *La nuova direttiva europea a tutela delle vittime da reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 del dattiloscritto.

59. Tanto è acutamente evidenziato da V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 9.

60. Fra i tanti, sul punto, Bestagno, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 149 ss.

61. Venafro, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in Venafro, Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 12.

dall'avocazione statale della tutela della vittima che aveva portato alla sua completa marginalizzazione e spersonalizzazione[62], infatti, si è passati ad un indirizzo opposto caratterizzato dal re-ingresso della vittima nell'*iter* di responsabilizzazione del reo e, come visto, di sua risocializzazione, come una sorta di restituzione della gestione del conflitto nelle mani dell'offeso. È un'evidenza che «connota in maniera netta il diritto penale moderno in contrapposizione al passato: le necessità delle vittime divengono "visibili" e assurgono in qualche modo a funzione della stessa giustizia penale»[63]. A ben guardare, comunque, il re-ingresso della vittima nella gestione del conflitto attraverso gli strumenti riparativi ha il fine di giovare, non solo, alla stessa vittima, escludendo la relativa marginalizzazione o vittimizzazione secondaria, ma anche al reo, che vede così favorirsi il percorso di risocializzazione[64].

Ma l'attenzione dell'ordinamento tutto proteso verso la vittima, appare evidenziata anche dall'attribuzione al risarcimento del danno sofferto di una sorta di *funzione pubblica*, così come, un tempo, propugnato dalla scuola positiva, che per prima ha posto interesse sul terzo protagonista della giustizia penale[65], individuando nel risarcimento del danno (appunto) l'unico rimedio attraverso il quale lo Stato possa attuare una tutela immediata a favore dell'offeso[66]. In tal maniera, il pregiudizio subito dal singolo è ristorato dalla comunità che non ha saputo o potuto evitare la commissione del reato. Lo strumento risarcitorio, pertanto, assume un evidente connotato riparativo, poiché finalizzato a restituire alla vittima, per scopo *solidaristico*, il pregiudizio patito e, comunque, reinserendo la vittima in una posizione di tutela e di riguardo da parte dell'ordinamento. Così, certamente, si favorisce la partecipazione della persona offesa al percorso di risocializzazione dell'autore del reato, ma, ugualmente, non si discrimina il reo in condizioni economiche disagiate, che, diversamente, vedrebbe venir meno la possibilità di un positivo reingresso in società, non avendo l'occasione (incolpevole) di soddisfare la vittima dal punto di vista restitutorio, a differenza di quanto potrebbe fare il reo in condizioni economiche vantaggiose[67]. La previsione, dun-

62. Bovino, *Problemas de derecho procesal penal contemporàneo*, Buenos Aires, 1998, 71 ss.; Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teorìa de la imputaciòn en el Derecho penal*, Bogotà, 1999, 110 ss.

63. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012, 37.

64. Per la normativa italiana riparativa, già evidenziata *infra* § 5.5, si rinvia a Mannozzi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione della vittima*, Milano, 2004.

65. *Ex multis*, Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 581.

66. Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887; Ferri, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in *Arch. psich.*, II, 1882, 76 ss.; Id., *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (1921)*, in *Appendice ai Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 732.

67. La questione relativa alle condizioni economiche del reo per poter usufruire di determinati benefici è stata sollevata innanzi alla Corte costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. e con riferimento all'art. 165 c.p., nella parte in cui attribuendo al giudice la facoltà di concedere la sospensione

que, del risarcimento *riparativo* anticipato dallo Stato, in favore della vittima del reato, sarebbe (quasi) imposta dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., nel senso che tale strumento avrebbe una finalità solidaristica in favore della vittima e di eliminazione delle differenze economiche in favore del reo, allo scopo di favorirne la rieducazione ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

Anche se tale forma di riparazione pubblica non era sconosciuta già negli stati italiani preunitari[68], inizia a diffondersi in maniera consistente nei paesi anglosassoni a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, approdando anche in Italia[69].

Un impulso notevole viene fornito dalle fonti di indirizzo comunitario, ma anche internazionale. Ed invero, la Risoluzione n. 40/34, "Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia per le vittime del crimine e dell'abuso di potere", approvata il 29

condizionale della pena subordinatamente all'effettiva riparazione del danno comporterebbe una discriminazione a carico di quel condannato il quale, a causa delle sue condizioni economiche, non fosse in grado di prestare il dovuto risarcimento. La Corte cost. n. 49 del 1975 ha dichiarato tale questione infondata, affermando, fra l'altro, che «la facoltà del giudice di imporre la condizione in esame, risponde ad una apprezzabile esigenza di politica legislativa penale, in quanto costituisce uno strumento diretto, da un lato, a tutelare, con l'interesse della persona offesa, quello, pubblico, alla eliminazione delle conseguenze dannose degli illeciti penali e, dall'altro lato, a garantire che il comportamento del reo, successivamente alla condanna, si adegui concretamente a quel processo di ravvedimento, la cui realizzazione, come si evince dall'art. 164 cod. pen., costituisce lo scopo precipuo dell'istituto stesso della sospensione condizionale della pena, ed è indubbiamente testimoniato, fra l'altro, dalla circostanza, di per sé rivelatrice, dell'effettuato risarcimento del danno. Ed è appena il caso di osservare che tutto ciò costituisce ragionevole giustificazione della fattispecie normativa in esame. D'altra parte, è da porre in evidenza che lo stesso art. 165, la cui legittimità è qui in esame, riconosce al giudice il potere di subordinare o meno all'adempimento dell'obbligo del risarcimento del danno la sospensione condizionale della pena: ciò come effetto di una valutazione, motivata ma discrezionale, della capacità economica del condannato e della concreta sua possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario. E tale valutazione può intervenire, secondo giurisprudenza della Corte di cassazione, sia nel momento del giudizio di condanna, sia anche nel momento successivo di incapacità che sopravvenga entro il termine fissato per l'adempimento della condizione. Questi principi forniscono chiaramente al giudice un mezzo idoneo per evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore a carico del reo, in funzione delle sue condizioni economiche, ed escludono, pertanto, anche sotto questo profilo, la violazione dell'invocato principio di eguaglianza». In altri termini, la subordinazione al risarcimento è imposta dal giudice a seguito di una valutazione della capacità economica del condannato di sopportare l'onere. Nella giurisprudenza di legittimità, in questo senso, cfr. Cass. pen. Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342; Cass. pen. Sez. V, 3 novembre 2010, n. 4527. *Contra*, Cass. pen. Sez. III, 25 giugno 2013, n. 38345; Cass. pen., 19 novembre 2003, n. 48534.

68. Nel settecento, il Granduca Leopoldo di Toscana aveva istituito la Cassa per il risarcimento dei danni a favore delle vittime che non potevano beneficiare del risarcimento diretto del reo perché fuggito o in stato di insolvibilità. Del pari, analoga Cassa era prevista nel codice penale del Regno delle Due Sicilie del 1819.

69. Per una dettagliata ricostruzione storica della riparazione pubblica alle vittime del reato, cfr. Casaroli, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *IP*, 1990, 277 ss.; Amodio, *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto*, in *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milano, 1975, 41 ss.

novembre 1985 dall'Assemblea generale della Nazioni Unite, con cui si raccomanda agli Stati l'adozione di misure volte al riconoscimento e all'effettività dei diritti delle vittime, riconosce, come diritto fondamentale della vittima, il diritto al risarcimento del danno (artt. 8-13), da farsi valere in primo luogo nei confronti del reo e, qualora il danno non possa essere pienamente risarcito dal colpevole o da altre fonti, viene previsto che siano gli Stati a doversi impegnare per fornire l'indennizzo alle vittime.

Per quanto riguarda, invece, il diritto europeo[70], dopo la Risoluzione n. (77) 27, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 settembre del 1977, sul "risarcimento alle vittime di reati violenti", con cui vengono stabilite le direttrici fondamentali in materia di risarcimento alle vittime e si raccomandano gli Stati membri di prevedere un sistema di indennizzo statale per le vittime di reati intenzionali violenti, qualora l'indennizzo non possa essere assicurato ad altro titolo, e la Convenzione Europea sul "risarcimento alle vittime dei reati violenti", emanata dal Consiglio d'Europa il 24 novembre 1983[71], ed alcune risoluzioni del Parlamento europeo[72], è stata adottata la decisione-quadro n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale[73], poi, sostituita dalla direttiva del Consiglio 2004/80/CE "sull'indennizzo delle vittime di reato", del 29 aprile 2004, la quale – al fine di dare concreta attuazione ad uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di salvaguardare la libera circolazione dei cittadini all'interno dell'Unione Europea – contiene una serie di prescrizioni agli Stati membri, affinché sia garantito un indennizzo equo ed adeguato per il risarcimento statale delle vittime dei reati intenzionali violenti e sia agevolato l'accesso al risarcimento statale in caso di reati commessi in uno Stato membro, diverso dallo Stato di residenza della vittima (situazioni transfrontaliere), mediante una cooperazione rafforzata tra le autorità degli Stati. A tale direttiva, il nostro ordinamento[74] ha dato (*rectius*, ha iniziato a dare) attuazione con il decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 204, recante "Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato". Tale

70. Per un quadro generale sul diritto europeo in materia di vittime, cfr. Del Tufo, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.; Id., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in Fiandaca, Visconti (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, 107 ss.

71. Casaroli, *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 563.

72. Risoluzione PE 13 marzo 1981 in GUCE n. C 077 del 6 aprile 1981 p. 0077; Risoluzione PE 12 settembre 1989 in GUCE n. C 256 del 9 ottobre 1989 p. 0032.

73. Per una dettagliata analisi cfr., fra i tanti, Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 110 ss.

74. In relazione all'attuazione delle prescrizioni contenute nella direttiva in questione, l'Italia è risultata inadempiente. Infatti, il nostro Paese, non avendo provveduto ad attuare la direttiva entro il termine perentorio stabilito dalla Commissione europea (1 gennaio 2006), è stato destinatario di un procedimento per inadempimento, conclusosi con la condanna da parte della Corte di Giustizia, cfr. Corte Giust. Com. Eur., Sez. V, 29 novembre 2007, *Commissione c. Italia*.

direttiva è, parzialmente, inadempiuta, in quanto, nel nostro ordinamento, non è previsto il diritto all'indennizzo per le vittime di tutti i reati intenzionali e violenti, come prescritto dalla disposizione di indirizzo europeo, ma solo per alcuni[75]. Non solo, lo Stato italiano è stato condannato dal giudice domestico al risarcimento dei danni subiti dalla vittima di un reato intenzionale e violento per inadempimento della direttiva in questione[76], ma, recentemente, la Commissione europea[77] ha inviato, ai sensi dell'art. 258 TFUE, un parere motivato all'Italia per la cattiva attuazione di tale direttiva, in quanto «l'Italia non dispone di alcun sistema generale di indennizzo per tali reati: la sua legislazione prevede soltanto l'indennizzo delle vittime di alcuni reati intenzionali violenti, quali il terrorismo o la criminalità organizzata, ma non di altri» e, per l'effetto, «alcune vittime di reati intenzionali violenti potrebbero non avere accesso all'indennizzo cui avrebbero diritto»[78].

75. Legge 13 agosto 1980, n. 466, artt. 3 e 4, recante norme in ordine a speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche; legge 20 ottobre 1990, n. 302, artt. 1,3, 4 e 5, recante norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; decreto legge 31 dicembre 1991, n. 419 – convertito dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172 – art. 1, di istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive; legge 8 agosto 1995, n. 340, articolo 1 – nel quale sono richiamati gli artt. 4 e 5 della legge n. 302/1990 – recante norme per l'estensione dei benefici di cui agli articoli 4 e 5 della legge n. 302/1990, ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica; legge 7 marzo 1996, n. 108, artt. 14 e 15 recante disposizioni in materia di usura; legge 31 marzo 1998, n. 70 art. 1 – nel quale sono richiamati gli artt. 1 e 4 della legge n. 302/1990 – recante benefici per le vittime della cosiddetta "Banda della Uno bianca"; legge 23 novembre 1998, n. 407, art. 2, recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità; legge 23 febbraio 1999, n. 44 artt. 3, 6, 7 e 8 recante norme in materia di elargizioni a favore dei soggetti danneggiati da attività estorsiva; D.P.R. 28 luglio 1999, n. 510, art. 1, regolamento recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; legge 22 dicembre 1999, n. 512, art. 4, recante istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso; decreto legge 4 febbraio 2003, n. 13 – convertito con modificazioni dalla legge n. 56/2003 – recante disposizioni urgenti in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; decreto legge 28 novembre 2003, n. 337 – convertito con modificazioni dalla l. n. 369/2003 – art. 1, recante disposizioni urgenti in favore delle vittime militari e civili di attentati terroristici all'estero; legge 3 agosto 2004, n. 206, art. 1, recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice; legge 23 dicembre 2005, n. 266, finanziaria 2006, che all'art. 1 co. 563, 564 e 565, detta disposizioni per la corresponsione di provvidenza alle vittime del dovere, ai soggetti equiparati ed ai loro familiari; legge 20 febbraio 2006, n. 91 norme in favore dei familiari dei superstiti degli aviatori italiani vittime dell'eccidio avvenuto a Kindu l'11 novembre 1961.

76. Trib. Torino, 3 maggio 2010, n. 3145, in *Guida dir.*, 2010, 28, 16 ss.; poi, confermata da App. Torino, Sez. III, 23 gennaio 2012, n. 106, in *www.altalex.it*. Sul diritto all'indennità per mancato adempimento di una direttiva non *self-exetuting*, nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147.

77. In data 17 ottobre 2013, parere n. 2011/4147.

78. Direttiva 2011/36/UE del Parlamento UE e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in particolare, art. 17, prevede espressamente il risarcimento pubblico per la vittima. Recentemente recepita con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24.