



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXV ciclo

Tesi di Dottorato

**LA GIUSTIZIA RIPARATIVA ED IL SISTEMA
DEL GIUDICE DI PACE**

Principi, istituti e prospettive di un modello alternativo di risoluzione
dei conflitti in materia penale

Relatore

Chiar.mo Prof. Alessandro Melchionda

Dottoranda

Elena Mattevi

anno accademico 2011-2012



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Elena Mattevi

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA ED IL SISTEMA DEL GIUDICE DI PACE

Principi, istituti e prospettive di un modello alternativo di risoluzione
dei conflitti in materia penale

relatore: Chiar.mo Prof. Alessandro Melchionda

Anno Accademico 2011-2012

Indirizzo specialistico: Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXV ciclo

Esame finale: 12/03/2013

Commissione esaminatrice:

**Prof.ssa Mariavaleria del Tufo, Università degli Studi Suor Orsola
Benincasa di Napoli**

Prof. Michele Papa, Università degli Studi di Firenze

Prof. Tommaso Greco, Università degli Studi di Pisa

Ringraziamenti

La strada che ho percorso nel mondo dell'Università mi ha consentito negli anni di incontrare alcuni maestri e interlocutori ai quali devo rivolgere, con riconoscenza, l'espressione della mia gratitudine.

Al prof. Alessandro Melchionda, da molto tempo punto di riferimento determinante nella mia esperienza di studio e ricerca universitaria, devo un sincero ringraziamento per le stimolanti discussioni teoriche e per avermi seguita con grande e puntuale competenza nel percorso che ha condotto alla stesura di questo lavoro.

Devo quindi esprimere al prof. Gabriele Fornasari, responsabile di molti progetti ai quali ho il privilegio di collaborare, la mia riconoscenza per il tempo, l'attenzione ed i preziosi consigli che mi riserva, nel corso di un dialogo sugli sviluppi disciplinari sempre vivo e partecipe.

Al prof. Lorenzo Picotti, che per primo, con entusiasmo, mi ha orientato sull'indirizzo di ricerca che ho seguito – e che ho poi sviluppato anche grazie ai suoi stimoli – rinnovo un ringraziamento che il tempo ha reso più profondo.

Sono riconoscente a tutti i Docenti che hanno svolto attività didattica in seno al corso di Dottorato, ed in particolare al prof. Diego Quaglioni per la generosa accoglienza che mi ha riservato, le indicazioni di lettura e la passione per la ricerca che riesce a trasmettere, nonché ai professori Marino Marinelli e Marcello Luigi Busetto, con i quali collaboro sovente nell'ambito di progetti attinenti alla giustizia di pace.

Questa ricerca non avrebbe preso corpo senza la cortese e attenta collaborazione del personale delle strutture straniere che mi hanno ospitato nei soggiorni di studio condotti in questo triennio. Un sincero grazie va dunque rivolto in primo luogo ai responsabili del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, di Friburgo in Brisgovia, in particolare alla dott.ssa Johanna Rinceanu e alla dott.ssa Konstanze Jarvers; al personale della Bibliothèque Cujas di Parigi (soprattutto al dott. Guillaume Niziers), a quello della Bibliothèque Nationale de France di Parigi e della British Library di Londra. Allo stesso modo un ringraziamento sincero va indirizzato al personale amministrativo trentino ed, in particolare (per le molte questioni risolte insieme), a Carla Boninsegna, al dott. Matteo Rossaro, alla dott.ssa Helga Franzoi, alla dott.ssa Loredana Giacomelli ed alla dott.ssa Valentina Lucatti.

Il presente lavoro non sarebbe stato svolto senza il contributo, anche economico, di un ente che nel tempo ha dimostrato con serietà di voler investire nella ricerca su questi temi. Ringrazio così la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, nella persona della dott.ssa Antonia Tassinari, che con passione coordina le iniziative di collaborazione tra l'Ente regionale e l'Università degli Studi di Trento.

Ringrazio, di cuore, la mia famiglia: mamma, papà, mia sorella Luisa con Andrea e le piccole Sara ed Anna, nonché mio fratello Daniele.

Un grazie sincero ed affettuoso va quindi rivolto ai miei amici; a quelli di sempre e a quelli incontrati da poco, che sono disposti a darti una mano anche quando non te l'aspetti.

In particolare ringrazio, con affetto, Antonia Menghini, per il ricco supporto nella vita e nella ricerca, fin dalla prima decisione di intraprendere questa sfida e Sara Morolli, per avermi aiutata a rivedere questo lavoro con il rigore e la precisione che la caratterizzano. Ringrazio, poi, Raffaella Dimatteo per le stimolanti conversazioni che ci siamo fatte, parlando di diritto e del resto.

Infine, ringrazio Walter, per tutto, ed a lui, con amore, dedico questo lavoro.

E. M.

INDICE

ABSTRACT	1
----------	---

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI ED ISTANZE FONDATIVE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

1. La giustizia riparativa: alle origini di una riscoperta	3
2. La giustizia riparativa tra istanze di tutela della vittima e teorie della pena	14
2.1 <i>Oblio e riscoperta della vittima nel sistema penale</i>	16
2.1.1 <i>La vittima: una nozione criminologica</i>	16
2.1.2 <i>L'oblio della vittima</i>	20
2.1.3 <i>La progressiva riscoperta della vittima</i>	24
2.1.4 <i>La vittima nel procedimento penale</i>	31
2.2 <i>Modello riparativo e teorie della pena</i>	33

CAPITOLO SECONDO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: DEFINIZIONI, PRATICHE E NUOVI CONTRIBUTI AL SISTEMA PENALE

1. Alla ricerca di una definizione di giustizia riparativa	45
1.1 <i>Analisi di alcune definizioni proposte</i>	45
1.2 <i>La centralità del momento riparativo nella definizione di restorative justice</i>	55
1.2.1 <i>La componente riparativa nella giustizia riparativa e nel diritto penale</i>	55
1.2.2 <i>La riparazione e la pena</i>	63
1.2.3 <i>Risarcimento del danno e punizione</i>	66
2. Forme e pratiche della giustizia riparativa	70
2.1 <i>Un quadro generale dei principali processi riparativi</i>	71
2.2 <i>In particolare: la mediazione penale</i>	75
3. Il rapporto efficiente tra la giustizia riparativa ed il sistema penale italiano	83
3.1 <i>Inflazione penale e correttivi. Nella prospettiva di una "sussidiarietà contemporanea"</i>	84
3.2 <i>Contributo della giustizia riparativa all'efficienza processuale e rapporto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale</i>	93

<i>3.3 La giustizia riparativa a supporto della giustizia tradizionale, per la valorizzazione della persona offesa e la responsabilizzazione dell'autore di reato: una delimitazione operativa</i>	99
--	----

CAPITOLO TERZO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLE FONTI SOVRANAZIONALI E NEGLI ORDINAMENTI DELL'EUROPA CONTINENTALE: FRANCIA, GERMANIA, SPAGNA

1. Analisi delle fonti sovranazionali in tema di <i>restorative justice</i> e mediazione penale	103
1.1 <i>Le iniziative assunte nell'ambito delle Nazioni Unite: dai primi documenti in tema di restorative justice alla Risoluzione sui Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale adottata dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite nel 2002</i>	104
1.2 <i>Il ruolo ed i documenti del Consiglio d'Europa</i>	108
1.2.1 <i>Le prime raccomandazioni in tema di giustizia riparativa e la Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale</i>	109
1.2.2 <i>L'implementazione delle raccomandazioni concernenti le modalità di definizione alternativa dei procedimenti, secondo le indicazioni della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)</i>	112
1.3 <i>La disciplina dei processi riparativi nelle fonti sovranazionali: analisi delle linee guida fondamentali</i>	116
1.4 <i>Le iniziative dell'Unione Europea: dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale del 15 marzo 2001 alla Direttiva 2012/29/EU del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato</i>	123
2. La giustizia riparativa in alcuni ordinamenti europei	132
2.1 <i>La giustizia riparativa in Francia</i>	134
2.1.1 <i>Origine delle pratiche mediative francesi in ambito penale. Inquadramento dell'istituto della mediazione</i>	134
2.1.2 <i>L'attuale disciplina normativa della mediazione penale</i>	141
2.1.3 <i>I programmi attivati in Francia: la figura del mediatore e le prassi applicative</i>	146
2.2 <i>La giustizia riparativa in Germania</i>	151
2.2.1 <i>Riparazione e mediazione nel sistema processuale</i>	151
2.2.2 <i>Previsioni normative orientate al modello riparativo tra non punibilità e diversion</i>	156
2.2.3 <i>§46a StGB: riparazione del fatto e riparazione del danno</i>	163
2.3 <i>La giustizia riparativa in Spagna</i>	170
2.3.1 <i>La mediazione penale nell'esperienza spagnola. Inquadramento normativo</i>	170

2.3.2 <i>Le pratiche riparative nelle pieghe del sistema penale spagnolo</i>	176
2.4 <i>Breve sguardo d'insieme: un panorama complesso</i>	179

CAPITOLO QUARTO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA DISCIPLINA ITALIANA DEL PROCESSO PENALE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE: PRINCIPI INFORMATIVI DEL D.LGS. 28 AGOSTO 2000 N. 274 ED ANALISI CRITICA DEGLI ISTITUTI CARATTERIZZANTI IL MODELLO

1. I principi informativi della normativa italiana in tema di competenza penale del giudice di pace. Dalla legge delega al decreto legislativo	183
1.1 <i>La riforma del giudice di pace come strumento deflattivo e sperimentale</i>	184
1.2 <i>La conciliazione quale finalità primaria ed il potenziamento dei meccanismi riparatori</i>	192
1.3 <i>Una nuova valorizzazione della persona offesa, nella disciplina sostanziale e processuale</i>	197
1.4 <i>Le peculiarità del sistema sanzionatorio: diritto penale "mite ma effettivo"</i>	201
2. La competenza per materia del giudice di pace penale	209
2.1 <i>Linee-guida e principi direttivi</i>	211
2.2 <i>La competenza per i reati previsti dal codice penale</i>	214
2.3 <i>La competenza per i reati della legislazione complementare</i>	221
2.4 <i>Riforme incidenti sulla competenza per materia del giudice di pace e questioni connesse</i>	224
3. La conciliazione e la mediazione	228
3.1 <i>Precisazioni terminologiche</i>	230
3.2 <i>Disciplina della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace: criticità</i>	233
3.3 <i>I facilitatori della mediazione</i>	242
4. Le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato (art. 35 d.lgs. 274/2000)	246
4.1 <i>Inquadramento sistematico dell'istituto e soglie temporali</i>	247
4.2 <i>Ambito applicativo dell'istituto</i>	258
4.3 <i>Le condotte riparatorie: restituzioni, risarcimento, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato</i>	264
4.4 <i>Le esigenze di riprovazione e di prevenzione ed il ruolo della vittima</i>	274
4.5 <i>L'istituto al vaglio della giurisprudenza: alcuni orientamenti e dati applicativi</i>	281

5. Giustizia riparativa e particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): il ruolo della persona offesa	287
5.1 <i>Particolare tenuità del fatto: i presupposti</i>	288
5.2 <i>Interessi e volontà della persona offesa</i>	296

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE DI SVILUPPO NELLA DEFINIZIONE ALTERNATIVA DEI CONFLITTI: IL CONTRIBUTO DI UN MODELLO RIPARATIVAMENTE ORIENTATO E DEGLI ISTITUTI CHE LO CARATTERIZZANO

1. La giustizia riparativa per la definizione alternativa dei conflitti nell'ambito della giustizia penale degli adulti: alcune riflessioni a partire dall'analisi svolta	303
2. Il sistema del giudice di pace come modello <i>riparativamente</i> orientato: linee di sviluppo	311
2.1 <i>Ipotesi di riforma per una più coerente determinazione degli ambiti di competenza della giurisdizione di pace</i>	312
2.2 <i>Sull'opportunità di apportare delle modifiche alla disciplina degli istituti riparativi del d.lgs. 274/2000</i>	314
3. Il contributo alla giustizia ordinaria di un modello <i>riparativamente</i> orientato. Prospettive di sviluppo dei principali istituti riparativi del giudice di pace nel sistema penale generale	317
3.1 <i>La mediazione penale</i>	320
3.1.1 <i>Ambito applicativo della mediazione penale: criteri di selezione dei casi mediabili</i>	321
3.1.2 <i>Mediazione e fasi del procedimento penale</i>	326
3.1.3 <i>Disciplina della mediazione. Formazione e requisiti dei mediatori</i>	329
3.2 <i>Condotte riparatorie ed estinzione del reato</i>	333
3.2.1 <i>Inquadramento dell'istituto e fasi del procedimento penale</i>	334
3.2.2 <i>Ambito dei reati interessati dall'istituto</i>	336
3.2.3 <i>Presupposti applicativi dell'istituto</i>	342
4. La giustizia riparativa tra suggestioni, rischi e vie concretamente percorribili	345
 BIBLIOGRAFIA	 349

ABSTRACT

Questa ricerca nasce da una riflessione sulle problematiche poste dal multiforme modello dalla *restorative justice*, spostando l'attenzione da una vasta e per molti versi eterogenea base disciplinare a cui la giustizia riparativa fa riferimento ad un ambito interno alla giustizia penale, per cercare di capire se e in che misura questo modello, favorendo modalità alternative di definizione dei conflitti, possa essere sviluppato nel nostro ordinamento allo scopo di contribuire con efficienza ed efficacia alla sua evoluzione.

L'indagine prende le mosse dalle istanze fondative della giustizia riparativa, descrivendo il quadro in cui essa si inserisce e dedicando uno specifico spazio ai temi della tutela della vittima e delle teorie della pena, per poi riflettere, nel secondo capitolo, sulla nozione di *restorative justice*, sui suoi contenuti e sui suoi termini, entro i quali si possono collocare le pratiche di mediazione e le condotte riparatorie.

I possibili riflessi della riparazione sul diritto penale introducono nell'indagine una prospettiva di grande rilievo: quella del contributo del modello in esame ad una gestione più economica della pena e del processo penale, non appena sia definita la corretta delimitazione operativa.

Il capitolo terzo prende in esame gli atti sovranazionali in tema di giustizia riparativa e di mediazione, con un'analisi approfondita delle fonti europee, per poi valutare le soluzioni più significative offerte dagli ordinamenti francese, tedesco e spagnolo, caratterizzati da sistemi processuali diversi fra loro.

Il quarto capitolo è dedicato approfonditamente al sistema del giudice di pace nella realtà giuridica penale italiana. Pur con i limiti che derivano alla riforma dalla sua applicazione ad un numero circoscritto di reati (e addirittura – secondo alcuni convinti sostenitori della *restorative justice* – da un'accentuazione solo relativa dell'elemento riparatorio e di incontro tra vittima e offensore), con il decreto legislativo del 2000, in vigore quindi da più di dieci anni, il legislatore italiano si è posto dichiaratamente in questa prospettiva elaborando, nell'ambito della giustizia penale degli adulti, un modello diverso rispetto a quello tradizionale e caratterizzato da profili ed istituti di estremo interesse.

ABSTRACT

Proprio a partire da questo microsistema – dall'accentuata vocazione sperimentale – e di quanto appreso grazie all'esame delle esperienze straniere, l'indagine si conclude con alcune ipotesi di sviluppo, tenendo conto della necessità di ricercare adeguati correttivi ai problemi emersi in un quadro di riferimento assai complesso ed in particolare alle difficoltà tecniche che incontra il sistema della giustizia formale nel percorso di arricchimento dei propri strumenti operativi.

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI ED ISTANZE FONDATIVE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

1. La giustizia riparativa: alle origini di una riscoperta

La giustizia riparativa, o *restorative justice*, vista la fortuna incontrata in primo luogo nel mondo anglosassone, è un tema complesso, invocato frequentemente in chiave di riforma da prospettive diverse, talvolta sovrapposte in alcuni profili, ma più spesso contrastanti: vi si riferisce, infatti, chi difende un modello completamente nuovo o addirittura una visione abolizionistica del sistema penale; chi attribuisce alla riparazione una funzione punitiva; chi valorizza la posizione e le esigenze della vittima nella giustizia penale o, infine, semplicemente, chi assegna un ruolo sempre più importante alle forme di definizione alternativa del procedimento penale che si fondano sul consenso e sulla riparazione.¹

Pur riservando alle questioni definitorie uno specifico spazio all'interno del presente lavoro, si può affermare fin d'ora che di *restorative justice* si è cominciato a parlare a partire dagli anni Settanta del Novecento, soprattutto negli Stati Uniti, come di un nuovo approccio alla giustizia penale che muove dal superamento della logica tradizionale del castigo per proporre un'interpretazione relazionale del conflitto connesso al reato con l'utilizzo di strumenti alternativi alla pena in senso stretto, allo

¹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, Angeli, 2010, 53, parla efficacemente di “origini frastagliate di un’idea”, mentre L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S. G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 619, si riferisce ad un insieme di “pratiche, ricerche empiriche, movimenti sociali, riflessioni teoriche ed etiche”. Cfr. ampiamente P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 29.

scopo di promuovere la riconciliazione tra il reo e la vittima e di riparare consensualmente le conseguenze del reato.²

Il tema ha guadagnato un rilievo sempre maggiore nell'ambito del dibattito internazionale fino ad essere riconosciuto anche normativamente: l'attenzione delle organizzazioni sovranazionali vi si è rivolta a partire dagli anni Ottanta soprattutto, come vedremo, in coincidenza con la riscoperta della vittima nell'ambito del procedimento penale.³ Bonafé-Schmitt ha in questo senso individuato un'evoluzione graduale nelle politiche penali, da un modello basato sulla punizione verso uno maggiormente orientato alla riparazione.⁴

In molti studi si è cercato di coglierne delle “radici antiche” capaci di attribuire peso e credibilità a questo modello di giustizia,⁵ che non appare del tutto originale, ma può presentare alcuni profili di affinità con modelli di penalità premoderni, pur nell'ambito di un contesto assai mutato che ne impone un'inevitabile e profonda rilettura.⁶ Come è stato rilevato, infatti, dopo due secoli di formalizzazione e statalizzazione, un'istanza di nuovo “informalismo” non può che conservare i segni originari dei sistemi giuridici dalla cui crisi discende.⁷

In una prospettiva di rilevanza nazionale, basti pensare a come Sbriccoli ha descritto la prima fase dell'esperienza cittadina medievale, tra l'XI ed il XIII secolo,

² Cfr., per questo primo inquadramento, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006, 135. A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 78, parla, a tale riguardo, di “giustizia relazionale”.

³ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 1011 s.

⁴ J.P. BONAFÉ - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 21 ss.

⁵ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 140, ad esempio, cita il Codice di UrNammu, presso i Sumeri, che prescriveva forme di riparazione anche nei casi di crimini violenti contro la persona, mentre U. GATTI, M. I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 87, ricordano il Codice di Hammurabi (1700 A.C.), che prevedeva la restituzione per alcuni reati contro la proprietà. Cfr., sul punto, E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in ID., (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Delhi, SAGE in association with The Open University, 2003, 2; nonché L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 616.

⁶ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?* in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 631.

⁷ G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 22 s.: “Quasi seguendo le oscillazioni di un pendolo, l'informalismo cerca infatti spesso di formalizzarsi, mentre i sistemi di giustizia ufficiali tendono a produrre periodicamente pratiche informali”.

in cui, parallelamente alla crisi tardo-medievale della vendetta privata – strumento di risalenti origini germaniche per ristabilire gli equilibri violati contro l'autore del reato – è diffusa l'idea per la quale il delitto è in primo luogo un'offesa da riparare più che da punire, che la riparazione consiste nella soddisfazione dell'offeso e che “la soddisfazione deve passare per una trattativa”.⁸

Questa forma di giustizia, che opera dal basso, riposa sul consenso ed è rivolta alla vittima, è riservata soprattutto ai membri della comunità, che non si sono messi contro la stessa commettendo crimini gravi o reiterati. A questi ultimi, i forestieri e i vagabondi - gli *intractabiles* - si applicano invece procedure pubbliche sommarie, amministrando una giustizia diversa, repressiva, che garantisce una pubblica vendetta.

La messa in discussione del carattere negoziale della giustizia penale in questo contesto è successiva. Comincia progressivamente ad affermarsi a partire dal XII secolo, con la rivoluzione che investe il sistema cittadino italiano, passando da una fase “comunitaria” ad una “autoritaria”, dominata da assemblee e da partiti, che sfocerà poi – nell'estrema sintesi che il presente lavoro impone – in regimi signorili e quindi in Stati territoriali, in cui muta radicalmente il rapporto tra signori e sudditi, e ci si preoccupa di garantirsi forme efficaci di giurisdizione. Tra la fine del XIII e gli inizi del XIV secolo, in particolare, viene impresso al sistema penale un “forte carattere di pubblicizzazione”⁹ anche perchè i governi cittadini avvertono che proprio

⁸ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 5. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, II vol., 10 ss., illustra come le legislazioni comunali presentassero frammisti i principi del diritto barbarico e di quello romano. Non tutto, però, si trovava negli statuti, ed al magistrato era concessa larghezza di giudizio, “affinchè non fosse impastoiato nelle letterali espressioni delle leggi, quando era il caso di tener conto della equità o di conformarsi ad altre ragioni di pubblico interesse”. Egli era chiamato, altresì, ad esortare le parti avversarie a comporre le loro questioni (pag. 316).

⁹ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), cit., 7. Per la ricostruzione qui riproposta cfr. integralmente il citato contributo da pagg. 5 ss. Cfr., altresì, M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400* (1997), in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 47 ss. e C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, cit., 12 ss. Per un panorama europeo sulla progressiva sostituzione dello Stato all'individuo come forza motrice dell'azione penale e sul passaggio del diritto e della procedura penale dalla sfera privata alla sfera pubblica, con la prima età moderna, si rinvia invece ai lavori di M. R. WEISSER, *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1989, 50 ss. (con una dettagliata analisi di un caso di funzionamento di un sistema privato di giustizia penale, in Spagna, a Toledo, ancora nel 1624) e B. LENMAN, G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL, B. LENMAN, G. PARKER (ed by), *Crime and the Law*, London, Europa Publ., 1980, 23 ss.

tale forma di giustizia è un mezzo di governo fondamentale e non va quindi lasciata esclusivamente all'iniziativa delle vittime: i giudici del podestà svolgono indagini d'ufficio e cominciano a condannare i colpevoli anche quando le vittime si sono riappacificate con loro e non avrebbero più interesse al processo (l'azione diviene pubblica ed obbligata per un numero sempre più ampio di reati ed il processo indisponibile). Si impone il principio per cui, quando si commette un delitto, non ci si limita a danneggiare la vittima, ma si offende anche la *res publica* ed il potere pubblico punisce perché non può consentire che lo si offenda; un principio che come vedremo sarà poi ampiamente sviluppato nella storia del pensiero.¹⁰

E' tuttavia necessario precisare che – sempre secondo Sbriccoli – “solo una piccolissima parte della cultura della composizione morirà per sempre,”¹¹ già a partire da questo momento. Nel Cinquecento, in cui può dirsi ormai consolidato lo spostamento della rilevanza penale di un comportamento dal “piano del danno a quello della disobbedienza”¹² e si assiste ad una crescita della pressione del diritto criminale sulla società e della criminalizzazione primaria, la composizione delle controversie, anche penali, quale forma di “pacificazione mediante un concordato pagamento”,¹³ non scompare del tutto, soprattutto per i reati meno gravi. Solo con l'arrivo della codificazione, dopo la Rivoluzione francese, viene definitivamente

¹⁰ Sul passaggio, con il sorgere e fortificarsi dello Stato, dalla categoria dei reati privati a quella dei reati pubblici, accettando tuttavia, per i reati che al carattere pubblico erano passati da quello privato, la cooperazione delle persone offese, cfr. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, cit., 269 ss., che parla di un reato che “promiscuamente prima, prevalentemente poi, prese carattere pubblico” (p. 282). Per una riflessione, in termini positivi, sulla pubblicizzazione del penale nelle città italiane, con particolare riferimento al rapporto tra pena e risarcimento, cfr., sempre M. SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”. *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII (1998)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 98 ss.

¹¹ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 12. Nello stesso senso, anche se per quanto riguarda il mondo germanico, D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 283 s.: nonostante un progressivo passaggio verso il processo d'inquisizione medievale, nel Medioevo il diritto penale non perde mai del tutto di vista l'interesse della persona offesa alla riparazione ed il procedimento ad azione penale privata continua a sussistere soprattutto nel caso di reati minori.

¹² M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 18 s. Egli evidenzia come attraverso questa costruzione si legittimi ampiamente l'azione d'ufficio del giudice. Descrive quindi, come esempi di irrigidimento del sistema dell'incriminazione e di quello del giudizio, la trasfusione delle *Practicae* dottrinali in grandi Leggi generali emanate dai principi, quali la *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgata da Carlo V nel 1532 per i territori dell'Impero e l'*Ordonnance criminelle* emanata per la Francia nel 1670 da Luigi XIV.

¹³ C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, cit., 323, offre questa definizione, ma precisa che lo Stato giunse progressivamente a fissarne la quantità e ad imporle, fino ad escludere ogni beneficio per il reo.

bandita.¹⁴ Come evidenza anche Zehr, infatti, se con il Tardo Medioevo si verifica una progressiva ascesa del paradigma della *state justice*, bisogna attendere proprio la fine del XVIII secolo perché in Occidente lo Stato possa formulare la pretesa radicale di un monopolio della giustizia penale.¹⁵

Si compie così puntualmente quel fenomeno che è stato definito come sottrazione o espropriazione del conflitto da parte dello Stato¹⁶ ed indagato in chiave critica soprattutto grazie agli *inputs* dell'antropologia giuridica e dell'abolizionismo penale, che, come vedremo, hanno favorito l'emersione del paradigma riparativo.¹⁷

Se volgiamo invece lo sguardo alla storia più recente della giustizia riparativa, e quindi al momento della vera e propria riscoperta in chiave moderna, possiamo ricordare che la dottrina unanimemente descrive il “prototipo” o primo semplice esperimento in tal senso – nella forma della mediazione penale in sede di commisurazione della pena – in quello praticato nei primi anni Settanta, a Kitchener nell'Ontario, nell'ambito di un più ampio programma di riconciliazione tra reo e vittima. In quel caso, diversi reati di danneggiamento vennero compiuti da due giovani ubriachi a danno di ventidue vittime: gli imputati vennero riconosciuti colpevoli nel maggio del 1974, a seguito di loro confessione. Un funzionario del *Probation Office* di Kitchener, con il sostegno del coordinatore del Volontariato per i servizi sociali appartenente al movimento religioso anabattista dei mennoniti, ottenne tuttavia dal giudice – prima dell'udienza per la commisurazione della pena (prevista dal modello bifasico), in vista della quale egli era chiamato a raccogliere le informazioni sui due autori di reato – la concessione di un mese di tempo entro il quale essi potessero incontrare le vittime, co-definire i danni ad esse cagionati, ed auspicabilmente comporre il conflitto. La sentenza di condanna - che seguì l'esperimento consistente nella visita (in taluni casi, faticosamente realizzata o

¹⁴ Come osserva D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004, 140: “Sarà l'Ottocento postnapoleonico a nutrire l'idea che il codice, come sistema normativo chiuso e che contiene in sé tutti gli strumenti per la propria integrazione, possa compendiare e rappresentare tutto il diritto, e che il diritto stesso si identifichi in definitiva con l'ordinamento positivo dello Stato”. Cfr., altresì, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, n.1, 6.

¹⁵ H. ZEHR, *Changing Lenses*, Scottsdale (Pennsylvania) - Waterloo (Ontario), Herald Press, 1990, 111 ss. Cfr., altresì, per una ripresa più puntuale del pensiero di Zehr, sul punto, F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, Angeli, 2010, 176 ss.

¹⁶ N. CHRISTIE, *Conflicts as Property (1977)*, in HOYLE C. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 19 ss.

¹⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, 16.

ricevuta) da parte dei due giovani, porta dopo porta, di tutte le persone offese - non si limitò ad infliggere una sanzione penale, ma fu estesa al risarcimento del danno come quantificato consensualmente dalla maggior parte dei soggetti coinvolti.¹⁸

Questo semplice episodio, che inaugurò la sperimentazione di una serie di programmi più elaborati che vennero quindi attivati in fasi diverse del procedimento penale, si inseriva in un contesto molto vivace di evoluzione del pensiero, anche criminologico. E' proprio all'interno della più proceduralista delle culture giuridiche, quella americana, che si sono infatti sviluppate le prime e più forti reazioni alla razionalità procedurale ufficiale, in particolare nell'ambito della giustizia penale, proponendo il recupero di una ragionevolezza sostanziale volta alla tutela dei reali interessi.¹⁹

Si possono individuare diverse, e non sempre conciliabili, correnti di pensiero, istanze ed esigenze che hanno variamente contribuito allo sviluppo della riflessione sulla giustizia riparativa nella cultura occidentale, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso.

Alcuni autori si soffermano innanzitutto sull'apporto dell'antropologia giuridica. Proprio grazie ai primi studi incentrati sui microcosmi delle comunità africane o centroamericane e sollecitati spesso dalla disillusione nei confronti della giustizia dei codici, si sarebbe ipotizzato un ritorno a forme privatistiche di composizione del conflitto o comunque a paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, "in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prossimità."²⁰

¹⁸ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 129 s.; S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, Franco Angeli, 1997, 117; U. GATTI, M. I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, cit., 95; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2009, 60; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 164 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, Paris, L'Harmattan, 2005, 77. Per una più dettagliata analisi del caso cfr. D. E. PEACHEY, *The Kitchener Experiment*, in M. WRIGHT, B. GALAWAY (ed. by), *Mediation and Criminal Justice*, London, Newbury Park, New Delhi, Sage, 1989, 14 ss.

¹⁹ G. COSÌ, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit., 32 ss. Cfr. altresì R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, Boulder Colorado, London, FirstForumPress, 2011, 13, con riferimento alla giustizia penale statunitense, a partire dagli anni Settanta.

²⁰ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 109. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza*

Molte società africane, ad esempio, conoscono procedure di composizione dei conflitti “informali, quasi-legali”, che coinvolgono la comunità e si concludono con atti anche simbolici che testimoniano l’avvenuta pacificazione. Esse affiancano quelle formali e presentano molti profili di interesse, ma sono state a lungo ignorate.²¹

Il tema del regolamento dei conflitti, con modi giurisdizionali o alternativi, del resto, rappresenta proprio uno degli ambiti dell’antropologia giuridica che ha suscitato grande interesse dottrinale, ampiamente documentato dalla mole dei lavori in materia.²² Come è emerso in questi studi, le procedure non giurisdizionali, che si ispirano ai criteri di un ordine negoziato, in cui si cerca di ristabilire la pace attraverso strumenti diversi dalle imposizioni e le norme giuridiche costituiscono dei riferimenti, ma non degli imperativi, rappresentano il modello prevalente nella maggior parte delle società tradizionali ma, in un approccio sincronico, possono coesistere nelle società più complesse con le procedure tipiche dell’ordine imposto dalla giustizia statale.²³

Vi è poi assoluta convergenza nel cogliere un’influenza di matrice abolizionistica, nelle riflessioni sulla *restorative justice*.²⁴ Nella prospettiva

spada, cit., 30 ss.; E. McLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, cit., 2.

²¹ Cfr. sul punto il contributo, molto conosciuto tra gli studiosi della *restorative justice*, sulla comunità Kpelle della Liberia: J.L. GIBBS, *The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes*, in *Africa: Journal of the International African Institute*, Vol. 33, No. 1., 1963, 1 ss. Il testo in questione è molto citato nella letteratura di settore ed approfondisce le caratteristiche del “moot”, una procedura informale che ha luogo davanti ad un gruppo di parenti e vicini delle parti in conflitto, per questioni che attengono generalmente alla vita domestica. Cfr., per altri esempi, a livello internazionale, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 140 ss.; J. TAURI, A. MORRIS, *Re-forming Justice: the Potential of Maori Processes*, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1997, vol. 30, n. 2, 149 ss. e G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 29 ss., anche con riferimento alla cultura europea.

²² Vedi sul punto, per una compiuta analisi, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffè, 1992, 281 ss. e la bibliografia ivi citata a pag. 318 ss.

²³ N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., 424 ss. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 32, parla dell’emersione di un modello “parallelo e alternativo al processo, sia civile che penale”, ma si sofferma anche correttamente sulle critiche che possono essere rivolte al tentativo di introdurre a forza delle pratiche di mediazione tipiche delle società semplici in un sistema sociale ad elevata complessità, come quello occidentale.

²⁴ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 54 ss. Concordemente G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 33 ss.; R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1293; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, 2010, n. 2, 54; S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia*

dell'abolizionismo penale novecentesco – spesso caratterizzato, a conferma delle strette relazioni che si instaurano tra i diversi campi di ricerca, dalla nostalgia per modelli arcaici o tradizionali di comunità senza diritto²⁵ – la pena appare ingiustificabile perché inefficace ed ingiusta. Ogni conflitto ha infatti una natura intrinsecamente privatistica, nel senso che è di “proprietà” delle parti ed esse, alle quali è stata sottratta la sua gestione, devono riappropriarsene: la composizione delle liti deve essere “de-istituzionalizzata” mediante il ricorso a modelli in prevalenza informali nei quali gli attori principali sono i soggetti coinvolti, come vittima ed autore del fatto.²⁶

Molto drasticamente, però, questa visione tende a rappresentare tutto ciò che è penalmente protetto come una sorta di creazione artificiale; liberarsi dal sistema penale significherebbe far mancare le condizioni materiali essenziali al prodursi della criminalità e liberarsi allo stesso tempo da ciò che impedisce alla società di trovare soluzioni ai propri problemi.²⁷ Hulsman, in questa prospettiva, valuta negativamente l'esistenza di un potere centrale che possa definire ciò che è bene e ciò che è male, facendo derivare da tali decisioni conseguenze che si dicono pene, ma “che sono in realtà violenza, privazione della libertà, morte.”²⁸ La concezione abolizionista in ambito penale, come emerge dai suoi scritti, si impone in quanto il sistema è “totalitario” perché lontano dalla realtà della gente; la vittima invece dovrebbe essere

criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto, cit., 103.

²⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1990, 237. Cfr., poi, per l'analisi della visione abolizionista, delle sue premesse e delle sue inaccettabili conclusioni (le tesi che vogliono l'abolizione della pena muovono, secondo l'Autore, da premesse per le quali risulta incriticabile un fenomeno che conserva tutte le caratteristiche della pena ma che è privo di limiti e di garanzie: la minaccia da parte del più forte di difendere efficacemente le proprie pretese, limitando la libertà dei più deboli), anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, in F. CAVALLA, TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 3 ss.

²⁶ N. CHRISTIE, *Conflicts as Property (1977)*, cit., 19 ss., (indicato, insieme a Louk Hulsman ed Henry Bianchi, tra gli abolizionisti penali anche da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 233 ss., che si sofferma criticamente sull'analisi di questo insieme di “teorie, di dottrine e di atteggiamenti etico-culturali”), contesta fermamente l'intervenuta espropriazione del conflitto da parte dello Stato e degli attori istituzionalizzati del processo, a danno sia della vittima che dell'autore del reato (*victim and offender*), delineando un nuovo modello di gestione delle liti (che presenta caratteri civili e penali insieme), incentrato sul confronto personale tra le parti, “proprietarie” del conflitto, e sul rispetto dei loro diritti. Vedi anche A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 990 e W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 216.

²⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 546; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 54, nonché L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 1982, 121.

²⁸ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 73.

chiamata ad assumersi alcune responsabilità, apportando un contributo necessario all'esistenza del gruppo.²⁹

Rispetto al movimento dell'abolizionismo radicale, che non riconosce giustificazione alcuna al diritto penale e ne auspica l'eliminazione,³⁰ è bene precisare che la giustizia riparativa si dimostra da subito più eclettica e capace di adattarsi a contesti legislativi formalizzati, non proponendosi in generale di liberare i cittadini dal sistema penale nel suo complesso, ma in alcuni casi, stimolando una "cultura del cambiamento complessivo della giustizia", o, più diffusamente, proponendo solo un nuovo modello o strumento tra scelte alternative.³¹ Del resto, come è stato puntualmente rilevato, anche le prospettive abolizioniste appaiono drasticamente meno estreme quando nella definizione dei conflitti si finisce per fare ricorso, oltre che al mero risarcimento del danno, ai *punitive damages* o al *community service*. Di fatto, questi istituti assolvono ad una funzione punitiva: si tratta di una forma di diritto penale mascherato.³²

Quanto fino ad ora descritto non esaurisce certo il quadro delle riflessioni e degli studi che hanno variamente contribuito alla nascita della *restorative justice*, ma ne rappresenta concordemente il nucleo più importante, insieme all'indagine vittimologica, che ha suscitato un grande interesse per la prospettiva della vittima nella concezione del reato, ma sulla quale ci soffermeremo approfonditamente nel prossimo paragrafo.³³ Per dar conto della complessità dell'approccio, si può tuttavia almeno ricordare che in alcuni studi ci si sofferma anche sull'influenza delle istanze

²⁹ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, cit., 86 ss.; L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, cit., 71: "la prospettiva abolizionista si presenta come una necessità logica, una strada realistica, un'esigenza di equità". Per una riflessione sulle alternative alla giustizia criminale, con alcune esemplificazioni, L. HULSMAN, *Alternative alla giustizia criminale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 305 ss.

³⁰ Come precisa M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, cit., 527, chi condivide questa visione, ad esempio, non vede di buon grado una politica volta all'ampliamento delle misure alternative alla pena detentiva, ritenendola pericolosa, in quanto capace di rilegittimare il sistema penale stesso. Una notevole vicinanza con la critica abolizionista al diritto penale presenta il pensiero che vuole fare del risarcimento del danno l'unico fine della risposta punitiva al reato e si propone in alcune varianti di privatizzare il diritto penale, descritto come "Restitution" da F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 59 ss. Egli precisa che la prospettiva *restitutive* solo raramente contempla (nell'approccio del primo Burt Galaway, poi confluito tra i sostenitori della *restorative justice*) finalità ulteriori rispetto al semplice risarcimento del danno, valorizzando la riparazione come fattore responsabilizzante.

³¹ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 131.

³² A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo". Visione di un sistema penale e processuale orientato all'uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1072.

³³ Tale fondamentale apporto è valorizzato anche da L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 618.

di matrice cristiana per una visione maggiormente relazionale della giustizia, dell'etica femminista, che avrebbe valorizzato un modello più incline a pensare “in termini di cura e di relazioni”,³⁴ e della sociologia del diritto, con le concezioni per le quali la pena sarebbe funzionale a mantenere intatta la coesione ed a ricostruire il consenso, nel quadro di una solidarietà sociale che nasce dalla condivisione di credenze e valori.³⁵

A conclusione di questi brevi cenni introduttivi, che già possono far sorgere molteplici interrogativi sull'effettiva capacità del nuovo approccio di assimilare coerentemente all'interno della propria proposta idee assai divergenti sviluppando una visione univoca, è opportuno precisare fin d'ora il quadro nel quale la presente ricerca intende inserirsi. Il suo obiettivo è principalmente quello di cercare di comprendere come si è sviluppata la poliedrica concezione della *restorative justice* e quali potrebbero essere le sue ulteriori potenzialità evolutive in seno ed in relazione ai sistemi di giustizia tradizionale ed in particolare a quello italiano, per contribuire ad affrontare alcuni problemi che lo caratterizzano in conseguenza di un'espansione senza fine del diritto penale; ad analizzarla, quindi, come una proposta di strumenti

³⁴ Per entrambe queste riflessioni, ed un eventuale approfondimento, si rinvia a F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 64 ss. Sul tema delle influenze religiose, ed in particolare cristiane, con l'attenzione al pentimento, al perdono, ad “odiare il peccato e non il peccatore”, a “non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facciano a te”, ed a principi come la riconciliazione, la riparazione, la generosità cfr. E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Jus Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, cit., 3. Gli Autori mettono in luce l'interesse dimostrato per questi temi dal mondo cattolico, ricorrendo agli esempi dell'Università Cattolica di Leuven in Belgio e della Eastern Mennonite University, in Virginia, che si contraddistinguono proprio per l'ampiezza degli studi condotti. Non fu quindi un caso che il primo esperimento di mediazione venne condotto con il supporto dei mennoniti. Come rileva L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 618, anche i testi di uno dei padri di questo nuovo modello di giustizia, Zehr, sono estremamente significativi, nel richiamo costante ai valori (cfr., come mero esempio, H. ZEHR, B. TOEWS, *Closing Reflections*, in ID.(ed. by), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, Criminal Justice Press, 2004, 403). Quanto all'etica femminista cfr. il contributo di M. K. HARRIS, *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice (1991)*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 31 ss.

³⁵ F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 135; S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. FODDAI, (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, cit., 98. Per F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 68, molti sostenitori della *restorative justice* sembrano “far propria la sottolineatura comunitarista, per la quale la ricostruzione dei legami interpersonali e sociali costituisce il primo strumento di prevenzione e di lotta al crimine: di conseguenza, compito primario della giustizia sarebbe quello di favorire la ricomposizione del tessuto sociale sul quale il reato ha imposto la sua frattura”.

giuridici razionali progressivamente sempre più formalizzati, nel contesto del sistema penale.³⁶

Si tratta di un approccio al tema abbastanza recente. Se, infatti, soprattutto in una prima fase la giustizia riparativa era stata considerata come un paradigma del tutto nuovo, informale e soprattutto alternativo rispetto alla giustizia “ufficiale”, a partire prevalentemente dagli anni Novanta si è preso atto “della impossibilità di salvaguardare la purezza dei modelli di riferimento”³⁷ e le concezioni più radicali sono state riviste od affiancate da letture più moderate, anche a fronte di istanze sempre più diffuse di sicurezza e garanzia.³⁸ Una parte dell’attenzione dottrinale si è spostata così verso istituti o pratiche che si collocano nella prospettiva della *restorative justice* e presentano profili di unicità rispetto alle forme del sistema tradizionale, ma che allo stesso tempo, anche se non sempre agilmente, possono essere integrati in esso, contribuendo ad incrementarne la qualità e l’efficienza.³⁹ Come Fiandaca ha fermamente precisato, con riferimento alla mediazione penale – una delle principali espressioni della *restorative justice* – essa, al di là delle aspirazioni ad uno “statuto di autonomia”, “non può ignorare (se non a prezzo di una ipocrita finzione) di essere in qualche misura servente al processo penale”.⁴⁰

³⁶ Cfr. sul punto le interessanti riflessioni svolte da F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 133 e 138, dove rileva una “grande distanza che separa, da una parte, il discorso e la retorica che persistono sulla mediazione e che animano i dibattiti e i convegni che la riguardano e, dall’altra parte, la pratica dei programmi di mediazione che sono stati inseriti nel contesto dei sistemi penali contemporanei”. Vedi anche P. MARTUCCI, *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di “sperimentazioni”*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1413 s.

³⁷ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, cit., 9.

³⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 82, nt. 34. Molto interessante è, a tale riguardo, il contributo di K. DALY, *Restorative Justice. The Real Story*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 195 ss. *Contra*, però, con riferimento alla mediazione penale, cfr. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *JCP-La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 14, 2008, 21 ss.

³⁹ Vedi R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit., 16; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?* cit., 632; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010, 248. T.F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999, 8, riconosce ormai come generalmente accettata l’opportunità di un’integrazione, per il bene della giustizia intesa in senso ampio. Ci soffermeremo comunque più avanti sulla contrapposizione tra opzione purista ed opzione massimalista di *restorative justice*.

⁴⁰ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune* (2001), in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 154.

2. La giustizia riparativa tra istanze di tutela della vittima e teorie della pena

La dottrina che si occupa della giustizia riparativa coglie spesso la stretta connessione tra l'ampiezza del dibattito che la riguarda ed una sempre più diffusa crisi del diritto della modernità – che confidava nel potere conoscitivo della scienza e nell'efficacia della tecnica, legittimando l'ideazione di una realtà sociale perfetta e di una puntuale convenzione sociale – dovuta all'affermarsi di una società “più egualitaria, più complessa e più frammentata”⁴¹, caratterizzata dalla contrattazione continua, dal pluralismo politico e sociale, nonché dall'evoluzione nelle relazioni tra gli individui, portatori di interessi e progetti che si affiancano a quelli dello Stato, secondo un modello diverso rispetto a quello concepito dal pensiero liberale.⁴² La società civile solleva molteplici istanze, alle quali la sfera istituzionale cerca di rispondere con un diritto sempre più invasivo, anche a causa della sua proliferazione.⁴³

Secondo Ceretti, la razionalizzazione operata, a partire dalla ragione illuministica, con l'assunzione della funzione disciplinare da parte del sistema penale, ha evidenziato i suoi limiti quale modo di governare la violenza che non produce più ordine sociale: il terreno operativo sul quale il mondo del diritto penale definisce la propria legittimazione “muta continuamente il proprio assetto”, assume una colorazione situazionale e diventa difficile “parlare di principi stabili e fondanti una filosofia della pena”.⁴⁴ In presenza di una generale perdita di fiducia in un discorso descrittivo che sappia fedelmente e definitivamente “dire le cose come

⁴¹ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 624. Cfr., anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 31.

⁴² G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, cit., 3 ss.; F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al “limiting retributivism”*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, cit., 121 ss. Per una critica molto forte alla “regressione pre-moderna” del diritto penale L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 9 ss.

⁴³ G. COSÌ, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit., 20; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 627; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 32.

⁴⁴ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 86 ss.

stanno”,⁴⁵ il sistema giudiziario diviene sempre più un luogo solo deputato a dare un’attuazione contingente alle molteplici posizioni che si esprimono nella società.⁴⁶

Se però, come anticipato nel precedente paragrafo, in una prima fase della descritta crisi, con l’obiettivo prioritario di responsabilizzare la società civile, si è assistito al germogliare di un modello riparativo-mediatorio di risoluzione di conflitti collocato “ai margini della penalità moderna”, nei “territori sociali progressivamente abbandonati dai sistemi formali di produzione di ordine”, in una seconda fase – ancora in corso – il sistema legale ha cercato di reagire alla crisi tentando di riappropriarsi di quel modello informale cresciuto al suo esterno.⁴⁷ La differenza non è di poco momento, come testimoniano le molteplici difficoltà tecniche che incontra il sistema della giustizia formale, in tale percorso di arricchimento della propria “scatola degli attrezzi”.⁴⁸

E’ ora sul ruolo della vittima e sul significato della pena che ci si intende soffermare, per cercare di comprendere più profondamente alcune ragioni sottese alla dinamica descritta e, più in generale, il contesto nel quale si possono inserire e sviluppare gli istituti della giustizia riparativa, che verranno analizzati successivamente anche quali mezzi deflattivi e di rinuncia alla pena. Come è stato affermato, essi meritano di essere approfonditi proprio come strumento di cui

⁴⁵ P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in F. CAVALLA, TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, cit., 309.

⁴⁶ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 87 s. F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al “limiting retributivism”*, cit., 162 s., parla di “postmodernità” come “diffusa risposta concettuale alla crisi del sistema progettuale della modernità, che ha assistito nel XX secolo allo scacco della maggior parte delle sue ideazioni in campo scientifico, politico e giuridico”. In campo filosofico si assiste ad un programmatico rifiuto di ogni progettualità e transituazionalità di cui era impregnata la mentalità moderna; il reale è infatti caratterizzato, secondo i postmoderni, da frammentazione e conflittualità e alla ragione è preclusa la possibilità di concepire verità assolute o razionali.

⁴⁷ M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 290 ss. ID., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 9 ss. Egli riprende alcune osservazioni di J. FAGET, *La médiation pénale. Une dialectique de l’ordre et du désordre*, in *Déviance et Société*, 1993, 221 ss. Per quanto riguarda la prima fase, cfr. anche A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 21 ss.

⁴⁸ M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., 294, dove si sofferma anche sulle critiche rivolte contro l’istituzionalizzazione di alcune pratiche. La mediazione (p. 296) “nel momento in cui viene “attratta” dal sistema della giustizia penale rischia di perdere in parte la sua virtù, in quanto il suo linguaggio alternativo viene irrimediabilmente incluso e omologato a quello del sistema della giustizia criminale”.

avvalersi “per spingere la pena all’auspicato ruolo di *extrema ratio* e riposizionare la vittima al centro dell’attenzione”.⁴⁹

2.1 *Oblio e riscoperta della vittima nel sistema penale*

2.1.1 *La vittima: una nozione criminologica*

Il concetto di vittima rimanda all’idea del sacrificio e della costrizione, ma esistono molteplici definizioni di tale termine, che presenta alcune ambiguità.⁵⁰ Come è stato messo in luce dalla dottrina, esso rappresenta un cardine della discussione criminologica, ma il suo significato reale rimane confuso e di dubbia utilità.⁵¹ Negli ambiti più disparati, e tuttavia anche in quelli ufficiali, viene infatti utilizzato per evocare “genericamente chi subisca conseguenze negative, danni, lesioni, di natura materiale, fisica o psicologica”.⁵²

Così, la Risoluzione 40/34 del 29 novembre 1985 adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite e contenente la Dichiarazione dei “Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reato e di Abuso di Potere” ha per esempio descritto le vittime in termini molto ampi, come “persone che, singolarmente o collettivamente, hanno subito un danno, ivi compresa la violenza fisica o morale, la sofferenza emotiva, una perdita economica od un indebolimento sostanziale dei loro diritti fondamentali, come conseguenza di atti od omissioni che si configurano come violazioni della legge penale negli Stati Membri”. La nozione è estesa fino a comprendere le persone che appartengono alla famiglia, i parenti stretti, chi dipende dalla vittima diretta (dipendenti) ed in generale coloro che hanno subito

⁴⁹ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, I vol., 345.

⁵⁰ Sull’etimologia oscura del termine, cfr. B. ZANOBIO, *La vittima nella storia*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 11 ss., nonché S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, Bononia Un. Press, 2008, I (il termine deriverebbe dal verbo latino *vicire*, nel senso di “sacrificare alla divinità”, oppure *vincire*, come “legare, avvincere”, perché la vittima veniva condotta legata al sacrificio), A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 967 e S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 10, che si riferisce all’incontro tra i due verbi latini *vincire* e *vincere*.

⁵¹ E.A. FATTAH, *Criminology: Past, Present and Future*, Houndmills (and oth.), Macmillan, 1997, 148.

⁵² Così G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, 260. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 10° Ed., Milano, Giuffrè, 2012, 100, parla di “persona che ha di fatto subito le conseguenze lesive del reato, considerata nella sua rilevanza ai fini della eziogenesi e della dinamica del reato”.

un danno intervenendo nel tentativo di soccorrerla mentre era in pericolo o di evitare un'eventuale vittimizzazione.⁵³ Nella Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 sulla "posizione della vittima nel procedimento penale", essa, invece, viene identificata con "la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati *direttamente* da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro",⁵⁴ secondo una nozione che è stata sostanzialmente riproposta nella Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che la sostituisce, salvo che per l'ampliamento della definizione di vittima anche al "familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di una persona".⁵⁵

A queste definizioni di matrice criminologica,⁵⁶ incentrate principalmente sull'individuo, ma che consentono - seppur in misura diversa - notevoli aperture, si contrappongono, almeno nel nostro ordinamento, i termini utilizzati dal diritto penale e processuale penale tradizionale, che sono dotati di un'articolazione "più spiccata".⁵⁷ Il "soggetto passivo del reato (o persona offesa dal reato)"⁵⁸ è

⁵³ Il testo integrale, in inglese, può essere reperito sul sito ufficiale delle Nazioni Unite: <http://www.un.org/documents/resga.htm>.

⁵⁴ Il testo, anche in lingua italiana, della Decisione quadro 2001/220/GAI può essere consultato all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001F0220:IT:NOT>. Cfr. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 44.

⁵⁵ Il testo, anche in lingua italiana, della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GA, è reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2012:315:SOM:IT:HTML>. La definizione di vittima offerta dalla Direttiva, all'art. 2, è la seguente: "i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona."

⁵⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 99.

⁵⁷ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 260. M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 115, sottolinea che nel codice di procedura penale non è stata data trasposizione alla definizione di vittima, offerta dalla citata decisione quadro del 2001.

⁵⁸ Se M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1993, 1001, parla semplicemente di una nozione più ampia di persona offesa, contenuta nel codice Vassalli rispetto a quella delineata nel codice Rocco, visto che la stessa posizione riconosciuta al titolare dell'interesse leso viene riservata ai prossimi congiunti della persona deceduta in conseguenza del reato (art. 90 c.p.p.) ed agli enti ed alle associazioni senza scopo di lucro cui la legge riconosce finalità di tutela degli interessi lesi dal reato (art. 91 c.p.p.), G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 260, distingue in realtà la figura del soggetto passivo da quella della persona offesa, evidenziando che "nonostante la tendenziale coincidenza tra "persona offesa" e "soggetto passivo", la prima assume una portata più ampia, come dimostrano ad esempio la disciplina della querela, che

esclusivamente il titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata: una persona fisica, ma anche persona giuridica, un ente sprovvisto di personalità giuridica (sindacato), lo Stato per tutti i reati che offendono i suoi specifici interessi (delitti contro la personalità dello Stato) o, addirittura, una pluralità indifferenziata di persone, nei reati a soggetto passivo indeterminato (delitti contro la fede pubblica).⁵⁹ Il soggetto passivo va distinto dall' "oggetto materiale dell'azione", persona o cosa su cui si esplica fisicamente la condotta dell'agente, e soprattutto dal "danneggiato dal reato", soggetto che ha subito il danno civile *ex art. 185 c. 2 c.p.*, patrimoniale o non patrimoniale, e quindi può essere legittimato nel nostro ordinamento ad esercitare l'azione risarcitoria sia nelle forme del processo civile, sia costituendosi parte civile nel processo penale, se ha riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione od omissione del soggetto attivo del reato.⁶⁰

La contrapposizione non è così rigida in altri ordinamenti. In alcuni sistemi stranieri, infatti, si riscontra in modo chiaro una notevole incertezza nell'utilizzo dei termini analizzati: né a livello legislativo né a livello giurisprudenziale si distingue nettamente tra il titolare del bene giuridico ed il semplice danneggiato e si finisce per proporre ed utilizzare una nozione unitaria e molto ampia di "vittima", più in linea con le indicazioni della già citata Risoluzione, della Decisione quadro e della più recente Direttiva.⁶¹

viene talora attribuita a soggetti che non sono titolari del bene giuridico offeso dal reato (v. art. 597 comma 3 c.p.) e la legittimazione dei c.d. enti esponenziali ossia degli enti e delle associazioni "senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono stati riconosciuti in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato" ad "esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato" (così l'art. 91 c.p.p)". P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., 293, individua la matrice linguistica originaria del termine "persona offesa" nel verbo latino *fendere*: l'offeso è "colui che ha subito un colpo inferto da un corpo contundente e che patisce in maniera diretta le conseguenze della condotta del suo aggressore".

⁵⁹ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, 287 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 7° Ed., Padova, Cedam, 2011, 229 s. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6° Ed., Bologna, Zanichelli, 2010, 174: appare poco significativa, in questo contesto, la lettura che individua nello Stato una vittima o un soggetto passivo nella totalità dei reati, in quanto esso sarebbe titolare dell'interesse ad assicurare le condizioni della pacifica convivenza; una tale affermazione può sottolineare il carattere pubblicistico del diritto penale, ma – come affermano anche Fiandaca e Musco, nel loro manuale – essa non ha una grande rilevanza nell'applicazione delle norme penali. Cfr. sul punto A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 968; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 99.

⁶⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 174 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4° Ed., Torino, Giappichelli, 2011, 592 s.

⁶¹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 124 s. descrive in questi termini l'ordinamento spagnolo. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*,

Un dato ci sembra importante. Come è stato chiarito dalla dottrina penalistica più sensibile ad una prospettiva interdisciplinare di “scienza penale integrata”, e come gli esempi stranieri ci ricordano, in questo ambito la ricerca di un dialogo tra diverse scienze con campi di indagine affini è fondamentale. Dobbiamo considerare che, nel linguaggio criminologico, i reati posti a protezione di beni a largo raggio, difficilmente “afferrabili” o caratterizzati da una chiara anticipazione della tutela, incriminando atti che rappresentano solo il presupposto di una concreta aggressione ad un ben definito bene giuridico, sono reati tecnicamente “senza vittima” (in carne ed ossa)⁶² o “a vittima diluita”.⁶³ Ciò ha portato la criminologia stessa, anche sulla scorta di una certa influenza della vittimologia – su cui ci soffermeremo presto – a limitarsi innanzitutto allo studio dei crimini tradizionali ed a trascurare per lungo tempo fenomeni criminosi molto distruttivi per categorie sociali deboli ed esposte, che offendono entità collettive ed impersonali, e quindi senza identità, e che avrebbero invece potuto essere valorizzati per il tramite di una nuova e più ampia nozione di vittima.⁶⁴

Così, in questo studio, volto ad esaminare il significato e le ricadute dei paradigmi riparativi di giustizia nel diritto penale, se, analizzando i singoli istituti, si

cit., 219, parla di “vittima” come “persona offesa”, ma poi si sofferma sulla costituzione di parte civile della stessa. Come chiarisce puntualmente D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999, 7 s. e 313 ss., con riferimento all’ordinamento tedesco, si trovano riferimenti al *Rechtsgutträger* (“offeso”), all’*Opfer* (“vittima”) ed al *Verletzer* (“offeso in senso processuale”, o, più precisamente “colui che è titolare di una pretesa azionabile in giudizio, generata dalla commissione di un reato”, anche se non necessariamente titolare del bene giuridico leso). Tuttavia, “le definizioni sono precarie ed i contenuti si intersecano, mescolando la matrice criminologica e quella strettamente penalistica e dando luogo a problemi di carattere sostanziale”. (Ad essere precisi le definizioni mancano, conformemente alla concezione tedesca secondo cui esse cristallizzano i concetti e precludono l’adeguamento della normativa all’evoluzione scientifica, cfr. p. 312, nonché G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, 11). Nel dibattito sulla *Wiedergutmachung* si impiega il termine *Opfer* in alternativa alla locuzione *Verletzer* (utilizzata nel Progetto Alternativo, su cui ci soffermeremo nel secondo capitolo), suscitando difficoltà interpretative (l’orientamento prevalente, comunque, riferisce il termine al titolare del bene giuridico leso o minacciato dal reato, cfr. pg. 327). A pag. 53 s., l’Autrice si sofferma quindi sull’ordinamento francese, in cui la parte civile costituita (*victime* o *partie lésée*) agisce non tanto al fine di conseguire il risarcimento del danno di matrice civilistica ma per promuovere indirettamente l’azione penale. Come ben evidenzia D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2011, 49 ss., a dire il vero, nemmeno il nostro ordinamento è esente da imprecisioni in materia, se si considera che nell’art. 341-bis c.p. (oltraggio) la persona offesa viene identificata nella persona fisica che ha subito l’oltraggio, mentre il delitto appartiene al novero di quelli contro la p.a. (per cui il pubblico ufficiale potrebbe essere solo danneggiato dal reato).

⁶² Utilizzano tale espressione anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. 175.

⁶³ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit. 216.

⁶⁴ G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 270 s.

imporrà l'utilizzo di una nozione di vittima che sia tecnicamente esportabile nel contesto giuridico italiano, con il richiamo implicito alla figura del soggetto passivo del reato/persona offesa o, più in generale, dove precisato, al danneggiato dal reato che può costituirsi parte civile,⁶⁵ come definite dalla scienza giuridica, si dovrà comunque cogliere un riferimento privilegiato, implicito nell'utilizzo del termine "vittima," proprio alla "figura umana della vittima" o "vittima individuale", quale nozione criminologica consolidata, anche in forza delle indicazioni contenute nel diritto dell'UE a partire dalla Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 e confermate da una recente pronuncia della Corte di Giustizia UE, chiamata ad esprimersi sull'interpretazione di tale atto, che ha escluso le persone giuridiche dalla nozione di vittima *ivi* proposta.⁶⁶

2.1.2 L'oblio della vittima

Sulla scorta di tali premesse terminologiche, possiamo affermare che proprio il tema della tutela della vittima del reato, nell'ambito della dottrina penalistica sia sostanziale che processuale, è stato oggetto di una rivalutazione solo relativamente recente.

⁶⁵ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, in *Indice pen.*, 1974, 19, parla, ad esempio, di "vittima" proprio con riferimento alle persone danneggiate. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, Giuffrè, 1993, 91, 203, invece, parrebbe riferirsi (salve precisazioni specifiche) al soggetto passivo del reato e così L. LANZA, *La tutela della vittima nel sistema penale italiano*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit. 28. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 126, ritiene che la vittima che può partecipare ad un accordo riparatorio, che risolve il conflitto giuridico-penale, deve essere la persona offesa e non il mero danneggiato. Solo per completare un quadro già complesso, si rileva che G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 48 ss., si riferisce alla vittima, in prima battuta, come alla titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ma, poi, amplia la definizione fino ad includere il danneggiato, almeno come vittima secondaria (chi è indirettamente danneggiato dal reato), mentre D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 303 rileva che il concetto di "vittima" e di "persona offesa" non appaiono coincidenti.

⁶⁶ Nella sentenza della Corte di Giustizia UE (Seconda Sezione) del 21 ottobre 2010, relativa alla Causa C-205/09, procedimento penale a carico di Emil Eredics e Mária Vassné Sápi (Domanda di pronuncia pregiudiziale: Szombathelyi Városi Bíróság - Ungheria), vertente sull'interpretazione degli artt. 1, lett. a), e 10, n. 1, della Decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, si è affermato che tali articoli devono essere interpretati nel senso che, ai fini della promozione della mediazione nei procedimenti penali prevista dal citato art. 10, n. 1, la nozione di «vittima» non include le persone giuridiche. Più in generale, nella sentenza della Terza Sezione del 28 giugno 2007, relativa alla Causa C-467/05, procedimento penale a carico di Giovanni Dell'Orto (avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, con ordinanza 6 ottobre 2005, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre 2005) la Corte aveva già statuito che, tenuto conto del testo e dell'impianto sistematico della Decisione quadro, la nozione di «vittima», come definita all'art. 1 di quest'ultima, riguarda esclusivamente le persone fisiche.

L'affermarsi di una visione marcatamente pubblicistica del diritto criminale e del monopolio da parte dei governi del sistema penale e della reazione al reato, a partire dal tardo medioevo ed in misura sempre più netta nei secoli successivi, non si è riflessa negativamente, come descritto, soltanto su di una concezione conciliativa della giustizia, ma anche, in generale, sul ruolo della vittima, che è stato progressivamente neutralizzato. Nel diritto penale moderno lo Stato si è assunto monopolisticamente il compito di tutelare gli interessi di chi ha subito il reato, marginalizzando la vittima.⁶⁷

Nell'ambito del dibattito scientifico, si evidenzia che lo Stato liberale ha sostanzialmente estromesso la figura della vittima privata soprattutto in concomitanza alla valorizzazione della tutela dei beni giuridici, di matrice pubblicistica e non invece a titolarità individuale, quale punto di riferimento della politica criminale e fondamento del diritto penale.⁶⁸

La teoria liberale del bene giuridico ha indubbiamente favorito tale risultato, ma, secondo una lettura interessante, non sono prive di significato nella prospettiva della marginalizzazione della persona offesa anche le riflessioni sviluppate in precedenza da alcuni importanti pensatori. Secondo Locke, ad esempio, la ragione, quale legge naturale, dominerebbe lo stato di natura così da vicino che i consociati sarebbero obbligati a non attentare alla vita, alla salute, alla libertà ed alla proprietà degli altri. Chi viola la legge naturale, alla quale si conforma il diritto positivo, commette, così, un delitto contro l'umanità e si giustifica prima in capo ai consociati e poi, con il passaggio alla società civile, in capo a quest'ultima, che ne diviene titolare, lo *ius puniendi*, di origine divina.⁶⁹

⁶⁷ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 254. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Verlag C.H. Beck, 1981, 67 ss.; ID., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 216 ss.; W. HASSEMER, F. MUÑOS CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, 29; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 345; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 16 s.

⁶⁸ Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 959. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 34, 44.

⁶⁹ J. LOCKE, *Trattato sul governo*, Roma, Ed. Riuniti, 2002, 6 ss. (in particolare). Cfr., sul tema, le riflessioni di A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1063 e P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 36.

Il ruolo della persona offesa dal reato – che in Locke è comunque ancora riconosciuto⁷⁰ – si prepara naturalmente a divenire secondario, poiché il reato offende la comunità prima di una persona in particolare.

A parere di Eser, non vi sarebbe quindi una differenza estrema tra tale prospettiva giusnaturalistica e quelle fondate sul contratto sociale in chiave marcatamente secolare (Rousseau e Beccaria) nella spiegazione delle ragioni della perdita di centralità della persona offesa nel diritto penale, in forza della comune concezione per la quale l'autore di reato aggredirebbe innanzitutto la comunità nel suo complesso, con la rottura del consenso sociale di base, sia esso fondato sul contratto o su di una legge naturale.⁷¹

Non troppo distante da tali visioni si collocherebbe l'assunzione da parte dello Stato del compito di tutela dei beni di maggior importanza per la vita della società, in luogo dei diritti soggettivi.⁷²

Il pensiero di Hegel, che influenzò profondamente la riflessione dei penalisti, in particolar modo tedeschi, del secolo XIX, contribuì al consolidarsi di una concezione del reato come ribellione consapevole alla volontà generale e di un diritto penale posto a presidio di un determinato ordine giuridico-sociale, piuttosto che di diritti soggettivi, secondo l'insegnamento di Feuerbach e, prima ancora, di Kant.⁷³

A tale riguardo, però, bisogna considerare che, sempre secondo Eser, già lo stesso pensiero kantiano, che pur “prende le mosse dalla tutela della sfera di libertà individuale”,⁷⁴ non concepì il reato solo come offesa di interessi/diritti a titolarità individuale, ma anche, indirettamente, come offesa di interessi sovraindividuali ed astratti (il furto offende il patrimonio di un singolo individuo, ma anche l'istituto “proprietà” in quanto tale, perché se tutti derubassero gli altri, la proprietà non potrebbe più esistere). Feuerbach, poi, non riuscì in tutto a tener fede alla sua visione

⁷⁰ Locke afferma: “Al reato che consiste nel violare la legge e deviare dalla retta norma della ragione [...], si accompagna di solito l'offesa fatta ad una o ad un'altra persona” (J. LOCKE, *Trattato sul governo*, cit., 9).

⁷¹ A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1064.

⁷² P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 37-38.

⁷³ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 35. Su Feuerbach si sofferma anche T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 s., rilevando che egli individua il referente materiale del reato nel diritto soggettivo.

⁷⁴ A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1065.

del reato quando accolse nell'ambito del diritto penale anche le mere violazioni di polizia, che ledono il diritto all'obbedienza dello Stato.⁷⁵

Con l'affermarsi della concezione del reato come offesa ai beni giuridici, non necessariamente soggettivi, e l'interpretazione del bene giuridico stesso come figura istituzionalizzata, avulsa dal soggetto leso, in particolare a partire da Binding, si è quindi compiuto il processo di definitiva perdita di centralità della vittima nel diritto penale:⁷⁶ il bene giuridico è stato ampiamente considerato, a discapito di quest'ultima.⁷⁷ Essa è stata emarginata come interlocutrice, perché lo Stato le si è sostituito nel compito di proteggere quei beni che, nel momento in cui “assurgono a tutela penale”, divengono integralmente pubblicizzati.⁷⁸ Mantovani parla efficacemente di tutela di “istituzioni della vita comunitaria”.⁷⁹

Scuola Classica e Scuola Positiva, in ambito nazionale, hanno manifestato solo superficialmente un atteggiamento tra loro diverso nei confronti della vittima, che è stata oggetto di maggior attenzione, nella seconda, solo strumentalmente alla lotta al delitto.⁸⁰ Nonostante entrambe le Scuole abbiano infatti professato che il

⁷⁵ A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1067-1068. Cfr. altresì per una concisa disamina della genesi storica della categoria del “bene giuridico”: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 7 s.

⁷⁶ Secondo G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in C. BRUTTI, R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 33 s., nel pensiero di Binding si cristallizza una rigida separazione tra diritto penale e civile; il conflitto è mediato dallo Stato. Così anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 6. Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 4.

⁷⁷ A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1068 ss. Egli in particolare (p. 1071-1072) coglie nella concezione di Binding (a partire dalla prima edizione dell'opera di K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, I, 187 ss.) un punto di partenza marcatamente non-individualista, in quanto quest'ultimo ritiene che i beni si trasformano in beni giuridici - che agli occhi del legislatore rilevano come condizione di vita della comunità giuridica - solo in quanto hanno valore sociale e nella misura in cui sono “sempre beni di tutela della collettività”. Secondo Eser (p. 1072), Franz von Liszt (F. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3° ed., Berlin, Verlag von F. Guttentag, 1888, 18 ss.), che ha fatto del bene giuridico - quale interesse preesistente alla valutazione del legislatore - il concetto centrale della sua teoria del reato, ha poi sviluppato, forse inconsapevolmente, un'ulteriore astrazione del concetto di bene giuridico attraverso la sua distinzione dall'oggetto naturalistico o materiale dell'aggressione.

⁷⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 80. D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 285, precisa che non si trattava di ledere una certa vittima di reato, ma di violare l'ordine sociale e lo Stato esercitava l'azione penale a causa dell'interesse pubblico al ristabilimento dell'ordine giuridico.

⁷⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 231.

⁸⁰ Si utilizza in questo contesto il termine più diffuso di “Scuola Classica”, con riferimento alla prima, nonostante M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 35 affermi a riguardo che solo “una pigra tradizione storiografica” avrebbe arruolato un gruppo di penalisti liberali in una “inesistente “scuola”, dileggiata come classica dagli avversari”. Nella nota 21, infatti, egli afferma che tale termine fu un'invenzione derisoria di Enrico Ferri. Tra i posteri il binomio “scuola classica/scuola positiva”

fondamento del diritto penale non risiederebbe nella volontà dello Stato, esse, aderendo ad un modello “razionalistico”, come ha affermato Cavalla, hanno finito per ammettere che la legge positiva rappresenta la manifestazione più prossima al modello ideale del diritto penale: la volontà statale è stata assolutizzata e considerata l’unica degna di tutela ed il reato è stato naturalmente “identificato con una disobbedienza alla volontà dello stato”.⁸¹

Secondo una particolare lettura, la stessa idea di prevenzione (generale e speciale) – valorizzata, come vedremo, nel diritto penale moderno – avrebbe contribuito ad accentuare la neutralizzazione della vittima. Essa, infatti, è rivolta solo al futuro del condannato, degli altri potenziali autori e della società, al di là del fatto storico e della lesione già arrecata.⁸²

2.1.3 La progressiva riscoperta della vittima

In modo autonomo rispetto alla discussione che ha investito la nozione di bene giuridico e la sua preesistenza alle scelte del legislatore – nonché la sua capacità di delimitazione dell’intervento penale – anche nel contesto nazionale⁸³, a partire

sarebbe circolato “grazie alla *nonchalance* dei penalisti, che lo trovarono comodo, e alla pigrizia degli storici, che invece di andare a controllare, lo presero per buono”. Sulla riflessione relativa alle due Scuole cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 5.

⁸¹ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 36 s.

⁸² W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., 69 s. In questo senso si comprende maggiormente anche l’affermazione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 231, che altrimenti parrebbe in netto contrasto con quanto affermato precedentemente dal medesimo Autore in merito alla retribuzione, formulata in questi termini: “la tutela della vittima trova il punto *razionalmente* più alto di considerazione con la concezione retributiva, dovendo il reo patire, inderogabilmente e proporzionalmente al male sofferto dalla vittima stessa, in forza di una pena sentita ed accettata come meritato castigo”.

⁸³ Cfr. sul punto, il quadro offerto da G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I vol., 290 ss. e, per una prospettiva più ampia, il contributo di W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss., nell’ambito di una riconsiderazione del “concetto critico del bene giuridico”. Nel recente volume W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 144 ss., egli afferma però, pur difendendola come “stella polare”, che “oggi l’idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno”: la concezione del bene giuridico avrebbe vissuto i suoi giorni migliori solo fino al momento in cui era diffusa l’impressione che il diritto penale dovesse essere tenuto a bada. Oggi “esso è piuttosto diventato un alleato nella lotta al crimine e ai rischi imprevedibili della modernità” e la concezione del bene giuridico ha indossato le vesti della “pretesa di intervento preventivo-repressivo”. Come evidenziato, poi, lucidamente, per quanto riguarda il contesto nazionale, da M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 70, con riferimento più specifico al modello costituzionale di illecito penale: “Proprio le promesse di una *capacità selettiva di tipo sostanziale*, di un vincolo costituzionale sulla politica dei beni giuridici, oltre che sulle tecniche di tutela, non essendo state adempiute in modo persuasivo dall’approccio costituzionalistico, sono state all’origine dell’attuale

dalla metà del secolo scorso e con maggior intensità negli anni Settanta, per quanto riguarda gli USA, ed Ottanta, per quanto riguarda l'Europa, si è assistito ad una presa di coscienza diffusa secondo la quale la rimozione della vittima dal diritto penale sostanziale e processuale, giustificata entro certi limiti per ragioni garantistiche e comunque per garantire il monopolio da parte dello Stato nell'amministrazione della giustizia,⁸⁴ si fosse spinta troppo oltre, con conseguenze negative anche sul fronte della fiducia delle persone offese nelle istituzioni giudiziarie e quindi della loro disponibilità a collaborare con il sistema giustizia, ad ogni livello.⁸⁵ Come è stato efficacemente affermato, “la vittima è “la grande dimenticata” nel problema penale”,⁸⁶ sia nell'ottica tradizionale della deterrenza che in quella, di più recente emersione, della rieducazione/risocializzazione.⁸⁷

Si è così progressivamente riscoperta nel dibattito scientifico la necessità di riconoscere, all'interno del sistema penale - al di là della questione concernente l'offesa di un'oggettività giuridica, intesa comunque sempre meno in termini pubblicitici come mera “violazione dell'ordine assiologico espresso dall'ordinamento giuridico”⁸⁸ e sempre più, ove possibile, in chiave individualistica e a misura d'uomo - un ruolo importante all'interesse concreto della vittima, laddove esso esista, con ripercussioni significative sul piano della pena, che non deve essere solo un atto di autoaffermazione dello Stato, e, prima ancora, del processo.⁸⁹ Se non

crisi in cui versano le concezioni costituzionali dell'illecito penale: perché *nessuna definizione sostanziale del reato* davvero persuasiva e ad un tempo cogente è *possibile*, atteso che la tutela di beni è formula generica e predicabile quasi di tutto, mentre la tutela di beni costituzionali è altrettanto ampia e generica, se vi si comprendono i beni di rilevanza costituzionale implicita, mentre è troppo ristretta, se riferita ai beni di rilevanza costituzionale espressa”.

⁸⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 233.

⁸⁵ M. DEL TUFO, *Profili critici della vittima-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990, 2 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 9; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 51; A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1081; D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 287; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 232; H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 277.

⁸⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2001, 136.

⁸⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 54.

⁸⁸ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 979.

⁸⁹ Come afferma C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 542, occupandosi della riforma del sistema sanzionatorio: “Di questi bisogni di tutela delle vittime (reali e potenziali) della criminalità, per quanto (anche) irrazionali possano essere un legislatore razionale non può non farsi carico”. Cfr. altresì A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, cit., 1082-1083; Id. *Giustizia penale “a misura d'uomo”*, cit., 1063 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*.

si può prescindere dal riconoscimento al diritto penale, come fondamento e limite, di una funzione di tutela dei beni giuridici, non si possono nemmeno disconoscere le necessità delle vittime concrete, in carne ed ossa, portatrici di un'esperienza tragica ed individuale: le due esigenze possono e debbono coesistere.⁹⁰

Come è stato lucidamente precisato, non è corretto confondere la natura pubblica del diritto penale con la natura pubblica dei beni giuridici tutelati. Alcuni di questi, ad esempio, possono avere una natura privatistica o almeno prevalentemente privatistica, ma essere tutelati penalmente da alcuni attacchi poiché ciò è importante per la convivenza, in quanto attiene “a regole essenziali per la fiducia in un modello di funzionamento sociale”.⁹¹

Questo ripensamento può essere effettivamente stato favorito, almeno sul piano politico, da un generale mutamento di paradigma nella percezione sociale del rischio di vittimizzazione, nell'ambito dello Stato contemporaneo, dovuto allo sviluppo tecnologico ed alla moltiplicazione delle fonti di pericolo.⁹² Un ruolo fondamentale è stato svolto tuttavia soprattutto dalla vittimologia,⁹³ fin dalle

Difesa del diritto penale, cit., 238; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 968; J.P. BONAFE' - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 25. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 81, nt. 15, precisa come, a suo dire, la vittima dovrebbe comunque rimanere esclusa dalle teorie della pena di tipo classico, quelle autoritative e non dialogiche, ma andrebbe valorizzata come parte processuale oppure, “sul terreno sanzionatorio, nelle prassi della mediazione, che sono forme dialogiche di alternativa alla giustizia autoritaria del pensiero retributivo”. M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996 descrive un triplice ordine di effetti prodotti dalla nuova sensibilità nei confronti della vittima: interventi statali a sua diretta salvaguardia e rafforzamento dei suoi poteri processuali, tentativo di modificare la prospettiva da cui viene tradizionalmente operata l'interpretazione della fattispecie e valorizzazione dello strumento risarcitorio nell'ambito del diritto penale.

⁹⁰ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 65 ss. Per il reato come offesa ad un bene giuridico, avendo riguardo alla funzione del diritto penale, vedi anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 9 ss.

⁹¹ G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 129. Estremamente chiara è sul punto la distinzione operata da F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 195 ss., che, pur riflettendo sull'istituto della querela, delimita l'area dei delitti offensivi di interessi privati sulla scorta di un parametro desunto dall'ordinamento positivo: la disponibilità del bene tutelato che il legislatore riconosce al privato nel momento in cui attribuisce al suo consenso un'efficacia scriminante.

⁹² A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 961 ss., dove si sofferma sulla problematicità di una sovraesposizione politica della vittima.

⁹³ Il termine “vittimologia” è stato utilizzato per la prima volta da F. WERTHAM, *The Show of Violence*, New York, Greenwood Press, Publishers, 1948, 259; “The murder victim is the forgotten man. What with sensational discussions on the abnormal psychology of the murderer, we have failed to emphasize the unprotectedness of the victim and the complacency of the authorities. One cannot understand the psychology of the murderer if one does not understand the sociology of his victim. What we need is a science of *victimology*”. Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e*

riflessioni del suo fondatore, Hans v. Hentig, che, criticando l'unilaterale concentrazione degli studi criminologici sulla figura del reo, ha colto nella vittima un attore essenziale della situazione penalmente rilevante e si è soffermato sul suo ruolo nella genesi, nella dinamica del reato e nella "ricostruzione del fenomeno criminoso"⁹⁴ e sulle relazioni tra i soggetti coinvolti, in funzione preventiva, a tutela di coloro che hanno una maggior probabilità di subire i reati.⁹⁵ Oltre a rispondere alle richieste sempre più forti di sicurezza provenienti dai cittadini, la riflessione vittimologica - scienza che aspira a rendersi autonoma, secondo taluni, o invece semplice ramo della criminologia, secondo altri⁹⁶ - si è rivolta a valorizzare le istanze e le sofferenze subite dalle vittime in conseguenza del reato e del processo necessario ad accertarlo (vittimizzazione secondaria, legata agli atteggiamenti negativi delle agenzie del controllo formale),⁹⁷ preoccupandosi anche della riparazione dei pregiudizi.

Essa, così, non ha solo ampliato il campo degli studi e delle conoscenze scientifiche riscoprendo una figura per troppo tempo dimenticata, ma ha anche contribuito a superare le letture criminologiche più tradizionali che contrapponevano sistematicamente ed in modo rigido il ruolo del delinquente e della vittima, per una

riconoscimento, cit., 32 ss. Cfr., altresì, per l'influenza della vittimologia sulla scienza penale, con riferimento, ad esempio, al tema del risarcimento del danno: A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica dir.*, 2001, 382.

⁹⁴ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996. Cfr., altresì, il lavoro di J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, in *Archivio pen.*, 1988, 663 ss.

⁹⁵ Cfr. H. V. HENTIG, *The Criminal & His Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948, 383 ss. La sua opera viene riconosciuta come la prima che ha contribuito allo sviluppo della vittimologia, aprendo le porte ad una produzione dottrinale vastissima. Cfr. altresì l'analisi di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 233 ss. e M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 8 ss.

⁹⁶ Cfr. sul punto G. GULOTTA, *La vittima*, Milano, Giuffrè, 1976, 9, che descrive la vittimologia come "disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima del crimine, della sua personalità, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine. Secondo alcuni questa disciplina sarebbe autonoma rispetto alla criminologia, secondo altri non è che un ramo di quest'ultima". A pag. 14 egli propende per la seconda opzione: "Anche a me francamente non sembra opportuno polverizzare le discipline. La vittimologia, per gran parte, è un aspetto dello studio della criminologia e pone l'accento soprattutto sulla persona che soffre in modo diretto dell'attività criminosa". Cfr., altresì, R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, cit., 1293; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 6; nonché ampiamente, M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 2.

⁹⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 54; G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, cit., 17. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 269, la definisce come "il complesso di effetti pregiudizievoli prodotti sulla vittima dallo stesso controllo sociale formale".

“visione dinamica ed interattiva del crimine”,⁹⁸ in relazione alla quale proprio pratiche di giustizia riparativa come la mediazione penale possono rivelarsi una grande potenzialità.

E' indispensabile ricordare altresì come la nuova sensibilità alle acquisizioni della vittimologia abbia inciso tuttavia, con esiti opposti, sulla prospettiva (soggetto attivo e bene giuridico tutelato) da cui è stata tradizionalmente operata l'interpretazione delle fattispecie che presuppongono una particolare relazione agente/vittima.⁹⁹ La persona offesa, componente essenziale del fenomeno criminale anche se scoperta tardi dagli stessi criminologi,¹⁰⁰ progressivamente, sulla scorta dei dati elaborati dagli studi citati, non è stata più considerata come un soggetto meramente passivo o debole e l'approfondimento del suo contributo alla genesi del reato ha favorito una lettura di quello criminale come di “un fenomeno dinamico, come interrelazione complessa tra due soggetti”,¹⁰¹ con effetti responsabilizzanti, in concreto, per chi ha subito un reato ed invece di limitazione della responsabilità per l'aggressore. La “vittimo-dommatica”,¹⁰² affermata soprattutto in Germania a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, si è ritagliata, sulla scorta delle descritte influenze e naturalmente non senza incertezze,¹⁰³ uno spazio nuovo negli studi dogmatici ed ha sollecitato molteplici interrogativi sul ruolo della vittima nella

⁹⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 273.

⁹⁹ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 996. L'esempio tipico è quello della truffa. Cfr. altresì J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, cit., 665 ss., che distingue tra delitti di relazione e delitti di intervento e si sofferma sulle misure di autotutela che sarebbero richieste.

¹⁰⁰ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 252 ss. coglie negli orientamenti oggi tacciati per aver trascurato una così essenziale componente del fenomeno criminale una serie di spiragli teorici che avrebbero preparato la scoperta della vittima: i positivisti ad esempio avrebbero già spostato qualche risorsa di attenzione verso le conseguenze prodotte dal fatto criminoso nel mondo reale e la criminologia critica avrebbe riconosciuto una grande importanza alle disuguaglianze ed ai perdenti nel conflitto per il predominio sociale, contribuendo all'affiorare del carico di sofferenze che fa da sfondo alla vicenda criminale.

¹⁰¹ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 7 (cfr., altresì, le riflessioni successive).

¹⁰² Come chiarisce M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 4, la locuzione fa riferimento a quella corrente di pensiero che, prendendo le mosse dalla prospettiva appena delineata, “ha affermato la necessità di ridurre teleologicamente la sfera di efficacia di alcune disposizioni penali.” Si rinvia ampiamente a tale lavoro per l'analisi critica delle premesse, dei fondamenti teorici e dei principali studi in materia. Cfr. altresì S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 9.

¹⁰³ Per una critica alle tesi vittimo-dommatiche cfr. M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1005, nonché ampiamente ID., *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 237 ss.

costruzione delle fattispecie e nella loro interpretazione.¹⁰⁴ Dalle prime timide proposte di considerare la sua condotta nell'ambito della commisurazione della pena, si è giunti a ritenere “la stessa non configurabilità della fattispecie astratta qualora risulti che la vittima, con i mezzi a propria disposizione, avrebbe potuto evitare la realizzazione del fatto lesivo”.¹⁰⁵

Ferme queste necessarie precisazioni che sottendono prospettive non sempre univoche, pur prendendo le mosse da premesse comuni,¹⁰⁶ si possono comprendere i molteplici impulsi all'approfondimento ed alla discussione che sono venuti in generale, alla materia penale, proprio da questi studi ed i nuovi obiettivi anche politico-criminali perseguiti su loro sollecitazione.¹⁰⁷ La già citata dichiarazione delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985, la Raccomandazione concernente l'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione, adottata nel 1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Racc. no. R (87)21 del 17/09/1987)¹⁰⁸ e la

¹⁰⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 272. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 76 ss., ad esempio, mette in guardia (p. 82-83) dal rischio di imporre in capo alla vittima dei pesanti doveri di auto-protezione del bene, la cui violazione può riflettersi negativamente sull'imputazione del fatto all'autore e produrre un effetto contrario rispetto ad una rivalutazione della vittima. Così, egli ritiene che non è necessario e nemmeno opportuno riconoscere alla vittima uno spazio all'interno della nozione di bene giuridico, ma è sufficiente valorizzarne le esigenze ed i diritti *ex post* rispetto al reato. Per una riflessione critica sul punto cfr. anche A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 42 s., il quale precisa che è l'autodifesa della vittima a dover essere sussidiaria rispetto alla difesa pubblica, e non viceversa. Come rileva però W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 110, si può arrivare a rinunciare alla tutela penale quando si può pretendere che la vittima stessa possa attuare la tutela del proprio bene giuridico.

¹⁰⁵ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1002. Cfr. ID., *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 30 ss. per un'analisi approfondita degli itinerari percorsi dalla dottrina per giungere a queste conclusioni. Come rileva l'Autrice (pp. 63 ss.), a tale risultato giungono i “vittimo-dommatici” attraverso interpretazioni teleologiche o, addirittura, riduzioni teleologiche della fattispecie. Cfr. altresì J.M. SILVA SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodommatica*, cit., 665 ss. Egli (p. 669) parla di un dovere di autotutela, la cui infrazione determinerebbe il mancato riconoscimento della tutela penale.

¹⁰⁶ Come precisa M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1002; ID., *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 7, se i dati raccolti dai vittimologi sono funzionali a sollecitare il sistema ad interventi che operino “dalla parte della vittima”, l'impostazione della vittimo-dommatica si pone “dalla parte dell'agente”. In ID. *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 107, l'Autrice parla di “ambiguità che la valorizzazione della figura della vittima ha portato con sé fin dalle fasi iniziali”.

¹⁰⁷ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

¹⁰⁸ Con tale Raccomandazione, richiamandosi alle problematiche concernenti la vittimizzazione, veniva ritenuta indispensabile l'adozione, negli Stati Membri, di misure di assistenza e sostegno rivolte alle vittime di reato. Il testo può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532. Cfr. altresì S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 92.

Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001, che ha imposto agli Stati membri di assicurare alle vittime nel proprio sistema giudiziario penale “un ruolo effettivo e appropriato” (art. 2), seguita, con una disciplina molto articolata, dalla Direttiva del 25 ottobre 2012, possono considerarsi almeno alcuni esempi dei successi internazionali del movimento per i diritti della vittima, che tale riflessione ha promosso, svelando una realtà complessa di sofferenza e di disagio.¹⁰⁹

In tale peculiare contesto, in cui alla tutela della vittima si richiamano insistenti spinte di revisione del quadro legislativo esistente,¹¹⁰ si possono altresì comprendere le richieste di riaffermazione del carattere interpersonale del conflitto che si esprimono nella proposizione di strumenti di composizione delle liti e di riparazione del danno alternativi, non esautoranti i diretti interessati, ma capaci di coinvolgerli attivamente, ascoltandoli ed eventualmente invitando gli autori dei fatti di reato ad assumersi la responsabilità per i danni arrecati con le loro condotte e per le sofferenze causate.¹¹¹ Guardando ad un modello di giustizia penale dialettica ed orientata alla vittima – che la *restorative justice*, come vedremo, in qualche misura propone – si sono cercate alcune risposte a tali nuove esigenze, che non mancano di riflettersi sul piano del processo, tradizionalmente polarizzato solo sulla posizione del reo e sulle sue istanze individualgarantistiche.¹¹²

¹⁰⁹ Sui “movimenti a favore delle vittime” cfr. le riflessioni di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 56 ss.

¹¹⁰ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., 70, nonché G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 255.

¹¹¹ R. CAUTERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, cit., 1295; A. ESER, *Giustizia penale “a misura d'uomo”*, cit., 1067 s.; WEMMERS J.A., CYR K., *Les besoins des victimes dans un processus de médiation*, Montréal, Université de Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, 2004, *passim*; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 216 (“il nostro diritto penale attuale non espropria la vittima, ma le offre una serie di possibilità di comporre essa stessa il conflitto con il “suo” reo, o perlomeno di elaborarlo”). Come rileva M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 29, questa tendenza potrebbe essere legittimata anche da un principio tipico della vittimo-dommatica: la convinzione che lo Stato debba astenersi da ogni intervento penale che possa usurpare un compito di spettanza del singolo, nella gestione del suo quotidiano.

¹¹² F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 58 s. Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1015 s.; M. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 24 ss.; M.S. UMBREIT, A. WARNER ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 63 ss.

2.1.4 La vittima nel procedimento penale

Le considerazioni svolte in merito alla concezione del reato si sono infatti riflesse coerentemente sul piano formale, dove la vittima ha iniziato a reclamare uno spazio più significativo per i propri diritti.¹¹³

La dottrina ha sottolineato che il “controllo dell’irrazionalità della vittima dentro al processo penale rimane un tratto saliente della penalità contemporanea”.¹¹⁴ Se questo elemento deve essere un punto fermo insieme all’affermazione per la quale in forza del principio di presunzione di non colpevolezza, fino al momento del verdetto, vi è solo un “indiziato di reità” ed una “presunta persona offesa”,¹¹⁵ e se è allo stesso tempo comprensibile che, di fronte a strumenti d’indagine estremamente incisivi, siano aumentate le necessità di garanzia di tutela dell’indagato o dell’imputato contro i possibili abusi da parte degli organi statali, meno giustificato appare a molti autori che la vittima sia stata sostanzialmente esclusa sia dal tradizionale sistema inquisitorio che da quello accusatorio.¹¹⁶

Il modello di giustizia penale di ascendenza illuministica, riprodotto anche nel nostro ordinamento sulla scia del *Code Napoléon*, ha una “struttura essenzialmente dicotomica”, mantenuta a seguito della riforma processuale in senso più accusatorio del 1988.¹¹⁷

Nonostante infatti nel codice Vassalli si noti un’evoluzione rispetto alla previgente disciplina codicistica, fondata su di una concezione inquisitoria per la quale solo all’autorità giudiziaria spettava la titolarità del potere istruttorio e le parti private potevano esclusivamente sollecitare le iniziative dell’autorità pubblica, e nonostante la persona offesa abbia visto riconosciuta una propria autonomia concettuale ed alcune prerogative processuali indipendentemente dalla costituzione

¹¹³ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 110.

¹¹⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 81.

¹¹⁵ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 292.

¹¹⁶ A. ESER, *Giustizia penale “a misura d’uomo”*, cit., 1071 s. Secondo D. RIPONTI, *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 56, parla di “partita a due” fra lo Stato ed il reo.

¹¹⁷ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 970.

di parte civile, la sua posizione processuale è rimasta marginale anche dopo l'introduzione del nuovo codice di procedura penale del 1988.¹¹⁸

Essa ad esempio può nominarsi un difensore (art. 101 c.p.p.) o presentare memorie ed indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento, interloquendo direttamente con il p.m. ed il giudice (art. 90 c. 1 c.p.p.), ma non è tecnicamente una parte processuale, se non si costituisce esercitando l'azione civile in sede penale.¹¹⁹ Nella fase delle indagini preliminari, poi, la parte civile non compare e la posizione dell'offeso è peculiare, essendo disciplinati solo i diritti e le facoltà esercitabili in via sussidiaria rispetto all'operato della pubblica accusa, come controllo od impulso in ordine ai tempi di svolgimento delle indagini ed al mancato esercizio dell'azione penale.¹²⁰ Anche se la riforma introdotta con la legge 397/2000 sulle investigazioni difensive ha tentato di riequilibrare i ruoli tra accusa e difesa, più in generale, nell'intero procedimento, le posizioni della persona offesa e della parte civile vengono frequentemente sacrificate alle ragioni utilitaristiche dell'economia processuale, come nell'ambito dei riti speciali, ai quali sono del tutto estranee le finalità di soddisfazione degli interessi della vittima e che costringono quest'ultima troppo spesso a ricorrere ad una tutela civilistica poco efficiente.¹²¹ Come lucidamente illustrava Bricola, riflettendo sul nuovo codice di procedura penale nella fase immediatamente successiva alla sua entrata in vigore, nonostante molti studi già avessero ampiamente messo in luce l'importanza della vittima, si cominciava ad assistere contraddittoriamente allo spettacolo di parti civili che magari avevano alimentato l'istruttoria attraverso propri consulenti ed improvvisamente si trovavano

¹¹⁸ P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., parla della persona offesa come di un elemento accessorio e trascurabile nella prassi processuale.

¹¹⁹ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 117; E. APRILE, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1722 ss.; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 52, parla di "diritti soggettivi della vittima, tanto nel campo sostanziale, quanto nel campo processuale". Cfr., altresì, le osservazioni di P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, cit., 296 ss., che si sofferma ampiamente sulla scomparsa della persona offesa dal processo penale, come funzionale ad una operazione di rimozione della realtà dal processo penale.

¹²⁰ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1001 s.

¹²¹ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 542; G. PONTI, *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, in ID. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 6. Come evidenzia G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 74, con riferimento ai riti speciali, rimane ancora aperto anche il problema relativo alla compatibilità degli sconti di pena ad essi connessi con le "funzioni di prevenzione generale e speciale tecnicamente assegnabili alla sanzione penale".

costrette ad abbandonare il giudizio, di fronte ad un patteggiamento, concentrando le loro forze sui vari gradi di un giudizio civile in crisi.¹²²

A ciò si deve aggiungere che proprio la persona offesa, durante il giudizio, non può scegliere di non parlare, ma viene considerata a fini probatori e così duramente sollecitata dalle diverse parti processuali, nella ricerca della verità, con la conseguenza di trovarsi in una situazione molto disagiata, che può determinare malcontento, frustrazione, nuova sofferenza.¹²³

Infatti, questa comunicazione si svolge solo con l'autorità. L'imputato e la persona offesa durante il processo rimangono isolati; non si incontrano, non dialogano tra loro.¹²⁴

Non stupisce quindi che in contesti sempre più ampi si sia diffuso un progressivo rifiuto verso un giudizio "calato dall'alto" e che si sia levata una richiesta forte di scambio dialogico, con l'invocazione, anche sul piano procedimentale, del massimo riconoscimento delle possibilità di codefinizione del conflitto,¹²⁵ funzionali ad una nuova democratizzazione della giustizia penale, in particolare in occasione di reati che ledono in via preminente gli interessi dei privati.¹²⁶

2.2 Modello riparativo e teorie della pena

Il modello riparativo di giustizia penale è stato contrapposto anche in Italia, da una parte della dottrina criminologica, a quello retributivo ed a quello riabilitativo.¹²⁷

Tale netta cesura non appare tuttavia sempre necessaria. Come è stato precisato, gli strumenti della giustizia riparativa sono stati utilizzati in diversi

¹²² F. BRICOLA, *Intervento sul tema: "l'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, 31 ss.

¹²³ Cfr. S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, cit., 92; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 269.

¹²⁴ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 289.

¹²⁵ A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo"*, cit., 1078; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 60.

¹²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 159.

¹²⁷ M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, cit., 291; BRUTTI C., BRUTTI R., *Sul testo di Giovanni Rossi*, in ID. (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, cit., 68; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 150 ss.

contesti che nel complesso sono rimasti ancorati ai propri originari presupposti retributivi e/o riabilitativi.¹²⁸

Più fertile appare così una riflessione che – pur nella consapevolezza che il momento afflittivo può essere diversamente “strumentalizzato” con il mutare delle più generali concezioni della società e dello Stato – cerchi innanzitutto di dialogare con le dottrine già note nei due approcci fondamentali all’idea retributiva e preventiva che variamente intrecciati si contendono il campo, anche se in una veste a tratti rinnovata.¹²⁹ Si ripropongono infatti in questo contesto molte questioni che attengono alla funzione della pena,¹³⁰ nell’ambito di un dibattito acceso che vede spesso contrapposte letture distanti, pur partendo dalle linee già tracciate dalle scuole tradizionali.¹³¹

Se la pena viene descritta unicamente come “imperativo categorico autolegittimantesi”, di matrice kantiana, la valorizzazione di scopi e momenti

¹²⁸ S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, cit., 103 ss.; F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 134.

¹²⁹ Come rileva Roxin, bisogna tuttavia astenersi da un’analisi superficiale dei tradizionali fini della pena, tenendo conto del ruolo della vittima nel sistema penale: C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8 s.

¹³⁰ Vista la generale tendenza dei diversi autori analizzati a sovrapporre i piani, utilizzeremo in questo contesto, così come nell’uso più comune, i termini “funzione” e “scopo” in modo equivalente – salve eventuali ulteriori distinzioni che sono state operate in dottrina – riferendoci alle “teorie della pena”, fin dal titolo, come comprensive anche di eventuali “dottrine di giustificazione”. Per un’articolata distinzione tra teorie e spiegazioni (risposte alle questioni sulle motivazioni giuridiche delle pene e a quelle sulle funzioni da queste di fatto svolte)/dottrine assiologiche o di giustificazione (risposte alle questioni etico-filosofiche sullo scopo che il diritto penale e le pene devono o dovrebbero perseguire) si rinvia invece a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit. 314 ss.

¹³¹ Cfr., per un’analisi critica delle diverse funzioni della pena, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 57 ss., nonché F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 6 ss. Egli (p. 54), riprendendo la distinzione teorizzata da Ferrajoli, distingue il problema della giustificazione della pena, come possibilità di fondare la pena su di un principio universale, da quello della funzione, quale mera possibilità di connettere descrittivamente, alla presenza della pena, delle conseguenze auspicabili. Nella dottrina contemporanea, infatti, sembra prevalere questo secondo approccio. Come rileva F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al “limiting retributivism”*, cit., 161 ss., le tradizionali concezioni del fine della sanzione penale sono in crisi nella loro versione moderna, perché private del sostrato ideologico su cui si fondavano, ma vengono apprezzate in una veste postmoderna: se non possono più giustificare in senso forte la sanzione penale, sono comunque degli scopi pratici ritenuti generalmente utili. Cfr., altresì, A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2008, 22 ss., che parla correttamente di “andamento sinusoidale” con riferimento alla storia delle dottrine relative agli scopi della pena; nonché, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 239 ss. e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 3° Ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. 1, 13 ss. Per una riflessione di base sulle diverse teorie della pena, nell’ambito della produzione manualistica: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 4° Ed., Milano, Giuffrè, 2012, 3 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 10 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 695 ss., anche per l’analisi delle fasi evolutive del sistema sanzionatorio all’interno del nostro ordinamento positivo.

riparatori o compensatori si pone in contrasto con la sua pretesa di assolutezza¹³² ed inderogabilità e non può essere generalmente tollerata.¹³³

Sebbene si riscontrino posizioni che, pur dopo la fine dell'epoca delle scuole che si erano preoccupate di elaborare un'articolata dottrina sulla pena, di fronte alla crisi delle teorie relative ed in particolare dell'idea rieducativa, fanno proprie insistentemente le istanze del pensiero retributivo (in quanto solo questo sarebbe in armonia con una visione rigorosa della libertà e della dignità umana e con il principio per il quale l'uomo non deve essere trattato come mezzo al servizio dei fini di un altro),¹³⁴ alla dottrina dominante appaiono sostanzialmente insuperate le argomentazioni a favore di una rilettura della retribuzione da funzione autonoma a mero criterio regolatore, di delimitazione o di "misura" nella proporzionalità tra pena

¹³² Anche in senso etimologico: *absoluta* è da intendersi come "sciolta da finalità ulteriori". D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 10, 13 s.: la pena retributiva è fondata su una pura idea di giustizia fine a se stessa. Egli ne coglie le radici effettive nella vendetta, originariamente attuata dall'offeso e dal suo clan e poi, ad uno stadio sufficientemente evoluto di organizzazione politica, regolata da un'autorità superiore, capace di porre regole e sanzionarne la violazione, nonché di imporsi all'offensore ed all'offeso. L'idea della giusta retribuzione ha attraversato per secoli la civiltà occidentale ed è storicamente agganciata, secondo l'Autore, "a concezioni della giustizia che traggono pretesa d'assolutezza dall'aggancio alla religione o a un mondo di valori etici considerati indiscutibili".

¹³³ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 286; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 118; M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 270; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 231; A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 960; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Indice pen.*, 1989, 10; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica dir.*, 2004, 345. Per un'analisi attenta del pensiero kantiano, anche alla luce delle riletture postmoderne cfr. F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l' "antidoto" kantiano*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004, 141 ss. Criticamente L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, 1113, afferma: "La pena giusta in sé, cioè giusta "a prescindere", non esiste, e non solo per l'indeterminatezza quantitativa della simmetria fra entità, il reato e la pena, intrinsecamente disomogenee".

¹³⁴ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 53; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 134 ss. Cfr. quindi R. LI VECCHI, *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. Pen.*, 1991, 11 ss. e V. MATHIEU, *Perché punire?*, Macerata, Liberilibri, 2007, 170: lo scopo della sofferenza della pena "è di ristabilire l'equilibrio e di tornare a rendere degno il soggetto di appartenere al sistema della libertà". Nel senso di cui al testo può leggersi anche il pensiero di J.L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Ed. it. a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009, 69 s. F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "limiting retributivism"*, cit., 121 ss. si sofferma in dettaglio sul neoretribuzionismo, quale rinnovata versione postmoderna delle tesi retribuzionistiche, ed in particolare sulla dottrina del "just desert" di Norval Morris, in cui tuttavia l'idea retributiva acquista un valore non di fondazione ma di limitazione della sanzione penale. Come invece rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 28, tutte le teorie della pena sono aperte sia a sviluppi di rigore che di mitigazione del rigore punitivo.

e colpevolezza per il fatto di reato, o tra pena e misura dell'illecito e della colpevolezza.¹³⁵

Una parte della scienza giuridica, anche italiana, ritiene infatti che l'idea retributiva si limiti ad appagare l'esigenza personalistica in un modo "prevalentemente astratto,"¹³⁶ e perviene addirittura a dipingere il retribuzionismo assoluto come incompatibile con la struttura attuale del diritto penale.¹³⁷ Se, infatti, si può ritenere che ancora permanga nella coscienza collettiva l'ideale classico del codice-decalogo, al quale corrisponde una pena proporzionata al rango dei valori offesi ed alla colpevolezza individuale (ed una concezione del reato al quale la pena deve necessariamente conseguire), esso è stato chiaramente sconfessato "per varie ragioni da un modello di codice (o di legge) come *programma di politica criminale*".¹³⁸

¹³⁵ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1515 ss.; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1060, nt. 61. E' questa la variante garantista dell'idea retributiva, come la definisce D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 16, che si esprime in un'esigenza di proporzione, di giusta misura, poiché il fine non giustifica i mezzi (31). F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 77, descrivendo la concezione di Ferrajoli, precisa che egli valorizza il criterio retributivo per mantenere la punizione nella quantità minima e così prevenire sia la "ragion fattasi" che le manifestazioni di violenza dello stato, che si incarica di punire per evitare la reazione del privato. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 5° Ed., Torino, Giappichelli, 2011, 25 ss., descrive il principio di colpevolezza e di proporzione come due principi fondamentali che pervadono il sistema penale, ma traggono origine dall'idea retributiva. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 703 s. ritengono invece che l'esigenza di proporzione tra fatto e sanzione si possa soddisfare senza necessità di recupero della vecchia concezione retributiva, attraverso la valorizzazione dell'avvenuto inserimento della rieducazione nella prospettiva del diritto penale del fatto, come desumibile dalla normativa costituzionale. C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss., criticando fermamente la teoria della retribuzione, ravvisa direttamente nel principio di colpevolezza il limite della pena orientata a fini preventivi: egli separa il concetto di colpevolezza dal principio retributivo. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 75; A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, cit., 28; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, vol. II, 906; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 319 (proporzione tra pena e colpevolezza).

¹³⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 35.

¹³⁷ A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 984. In un diverso contributo, egli parla di "crisi della concezione retributiva della pena", a partire dagli anni sessanta e settanta, quando "inizia ad affermarsi una funzione della pena che non si legittima in sé, ma che si giustifica solo se è orientata ad uno scopo": A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 383. Nello stesso senso C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15, afferma che la teoria retributiva non è più sostenuta, "né, in uno stato moderno – per il quale la pena è uno strumento della politica sociale – potrebbe più esserlo".

¹³⁸ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 902.

Lette come strumenti di prevenzione di futuri reati, soprattutto in una prospettiva positiva, le teorie relative,¹³⁹ che sono state valorizzate ampiamente nell'esperienza contemporanea in adesione ad una concezione polifunzionale della pena - che in Italia ha ottenuto anche riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale, sulla scorta dell'art. 27 c. 3 della Costituzione, dopo un periodo in cui la prevenzione speciale come rieducazione era stata relegata a scopo meramente eventuale¹⁴⁰ - almeno distinta per stadi, hanno consentito di guardare ai paradigmi riparativi in termini incoraggianti.¹⁴¹

¹³⁹ W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 428, parla di "orientamento relativo alle conseguenze esterne". M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 900 ss., descrive un innesto di logiche utilitaristiche nella cultura penale, che impongono all'interprete e al giudice di guardare al futuro. F. BRICOLA *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, cit., 1524, definisce la prevenzione generale e quella speciale mediante intimidazione "funzioni logiche e coesenziali alla sanzione penale".

¹⁴⁰ Come rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 25 ss., la Costituzione italiana dedica alla rieducazione l'unico riferimento diretto ed esplicito alle funzioni della pena. Essa però non può essere assunta a fondamento o giustificazione generale delle istituzioni penali. Solo dove altre ragioni o necessità fanno sorgere il problema del ricorso al diritto penale, entra in gioco l'idea della rieducazione attraverso la pena, la quale - in ogni caso - non può significare "educazione coatta al bene, né predicazione di valori, né tanto meno lavaggio del cervello", quanto invece, più semplicemente, "offerta di *chances* di recupero alla persona che ha commesso il reato, per quanto grave possa essere". A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, cit., 22 ss., precisa che la proclamazione esplicita della sola finalità specialpreventiva non è stata accompagnata da una chiara definizione dei suoi contenuti.

¹⁴¹ Sulla "polifunzionalità", cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 16 s. (che parla di teorie miste, pluridimensionali o plurifunzionali) e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 38 ss., che si sofferma anche sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, ricordando, in particolare, la sentenza n. 306/1993 (in <http://www.giurcost.org/decisioni/1993/0306s-93.html>): "Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata". G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 9 ss. distinguono lo stadio della minaccia legislativa - in cui il ricorso alla pena da parte del legislatore si legittima in chiave di prevenzione generale, nei limiti della rieducazione (e cioè in modo che il tipo e la misura della pena minacciata dal legislatore non rendano impossibile, nello stadio dell'inflizione e soprattutto in quello dell'esecuzione, l'opera di rieducazione del condannato), a tutela proporzionata e sussidiaria di beni giuridici contro offese inferte colpevolmente - da quello giudiziale - in cui lo scopo che deve orientare le scelte del giudice nella commisurazione della pena è quello della prevenzione speciale con il limite invalicabile segnato dalla colpevolezza, ma si può cogliere un fondamento giustificativo nelle esigenze di prevenzione generale negativa e positiva - nonché da quello, infine, dell'esecuzione della pena, dove il fondamento giustificativo è il medesimo della fase giudiziale ma la finalità è esclusivamente di prevenzione speciale (rieducazione, non coattiva, che può cedere il passo alla neutralizzazione qualora il condannato non sia suscettibile di essere reinserito nella società, né appaia sensibile agli effetti di intimidazione-ammonimento della pena); sostanzialmente nello stesso senso: T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 317 ss. Cfr., altresì, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 700 ss.,

E' importante sottolineare infatti come gran parte della dottrina contemporanea, superata l'istanza retributiva come fondamento autosufficiente o giustificazione del potere di punire ed individuato in essa un criterio regolatore nel quadro di un discorso sulle funzioni della pena che tende a ridurre la propria carica etica ed a laicizzarsi,¹⁴² si mostri critica e disillusa, proprio pensando alla sanzione penale tradizionale.¹⁴³ Spesso prescindendo dal problema della giustificazione, si chiede se ed in che misura essa, come è stata fino ad ora concepita, sia in grado di raggiungere le finalità preventive a cui aspira l'ordinamento giuridico e che sono state in qualche misura inserite nei programmi politico-criminali.¹⁴⁴

Proprio perché la pena non è un valore in sé, se il diritto penale deve fungere da strumento di prevenzione di comportamenti indesiderati e ci si muove in un contesto di "razionalità strumentale", si pone un problema di verifica del suo funzionamento.¹⁴⁵ Le prove che la minaccia e l'esecuzione, anche pronta, di pene tradizionali offrano un *surplus* di motivazione in senso preventivo (sia generale che speciale) non sono facilmente reperibili. Le verifiche empiriche concernenti i fini preventivi sono assolutamente carenti.¹⁴⁶ Al contrario, come una parte della dottrina ha evidenziato, alcune esperienze avrebbero testimoniato che aumentando la severità

che riconoscono alla rieducazione, in una dimensione intersoggettiva volta a favorire la riacquisizione dei valori basilari della convivenza nel rispetto dell'autonomia morale dell'individuo, un ruolo primario nelle fasi dell'esecuzione e della commisurazione giudiziale, ma non nella fase della minaccia, in cui l'obiettivo perseguito è quello della prevenzione generale. Come precisa F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 63: "considerando l'esperienza contemporanea, non è il caso di esasperare la distinzione tra i tre concetti relativi allo scopo della pena", mentre secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 737, "in base a nessuna singola teoria è possibile spiegare, infatti, la moderna complessità della pena". Per una valorizzazione dei rapporti tra riparazione e finalità preventive cfr. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 345 e A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Indice pen.*, 1991, 591.

¹⁴² Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, cit., 1 ss. Come rileva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 29, "il pensiero politico e giuridico moderno è fortemente orientato verso concezioni finalistiche [...], il diritto penale non può legittimamente pretendere di essere invece l'espressione di una giustizia assoluta".

¹⁴³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 22; F. MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, 1171 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 981.

¹⁴⁴ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale (2002)*, cit., 42; G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, cit., 16. Sulla centralità della prevenzione nella teoria della pena e del diritto penale come diritto di scopo, senza che si riscontri alcuna contrapposizione con la finalità retributiva cfr. il sempre importante contributo di F. v. Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962, 63 ss.; A. ESER, *Giustizia penale "a misura d'uomo"*, cit., 1074 ss.

¹⁴⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 18 s.

¹⁴⁶ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 122.

delle pene i reati non diminuiscono e che le sanzioni tradizionali sono addirittura criminogene dal punto di vista della prevenzione speciale.¹⁴⁷

Proprio nel quadro delle teorie relative, così, si sono aperti alla politica penale nuovi orizzonti che hanno portato in discussione anche prospettive di rinuncia alla pena tradizionale¹⁴⁸ e le pratiche mediative del conflitto derivante o sotteso alla violazione di norme penali e, più in generale, gli strumenti della giustizia riparativa – che si esprimono in comportamenti positivi dell'autore volti ad elidere le conseguenze del reato a favore della vittima e che si fondano sul paradigma del consenso – sono stati valorizzati come alternativa percorribile rispetto all'inflizione di mere conseguenze negative, anche da una parte della dottrina italiana.¹⁴⁹

Sebbene ancora si affermi che in linea di principio l'idea di prevenzione generale riposa sulla certezza che al delitto consegue una pena,¹⁵⁰ una dottrina attenta ritiene che, a prescindere dalla sanzione penale (che può rimanere unicamente sullo sfondo), proprio attraverso la riassunzione di responsabilità e di consapevolezza del

¹⁴⁷ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 19 e 30; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 827 e 835; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 94: "La difficile misurabilità dell'incidenza dell'effetto-pena rappresenta l'acquisizione più sicura del dibattito contemporaneo". Sul punto si soffermano anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 710, con riferimento alla prevenzione generale e D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 21 s., rilevando come il problema della deterrenza vada incontro, quale problema empirico, a non lievi ostacoli di impostazione, stante la difficoltà di calcolare l'incidenza dei diversi fattori di cui si voglia sottoporre a verifica l'ipotizzata relazione con l'andamento della criminalità, ma valorizzando unitariamente severità e probabilità della pena.

¹⁴⁸ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 63; R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFAO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 108; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 26, con riferimento all'idea rieducativa. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15, valorizza la riparazione in senso preventivo.

¹⁴⁹ L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 821; A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 981; G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155.

¹⁵⁰ Come illustra G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 125. Cfr., tuttavia, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Critica dir.*, 2001, 212, il quale afferma che la vecchia idea della prevenzione generale come intimidazione non ha più senso perché il messaggio che dovrebbe essere obbedito non è più certo, dotato di minima riconoscibilità e F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 122 s. che qualifica la prevenzione generale negativa come "ingenua sul piano delle conoscenze dei processi motivazionali" (il soggetto da dissuadere non è un individuo che calcola con freddezza). C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 16 rileva comunque che la portata intimidativa del risarcimento sulla collettività (prevenzione generale negativa) è certamente inferiore a quella della reclusione e della pena pecuniaria.

disvalore sociale della propria condotta, tradotta in azioni positive, da parte dell'autore del reato e/o la riconciliazione tra autore e vittima – che sono estremamente significative in chiave rieducativa e risocializzante perché testimoniano un libero e responsabile riconoscimento da parte del reo dei valori condivisi socialmente e delle regole di condotta precedentemente violate¹⁵¹ – si può contribuire a rafforzare efficacemente la fiducia collettiva nell'ordinamento giuridico e nei valori già acquisiti e radicati nel processo di socializzazione degli individui, la generale credibilità del momento precettivo e la sua capacità di imporsi per ragioni autonome dalla minaccia ed applicazione di una pena, attribuendo al sistema una nuova legittimazione sotto il profilo della generalprevenzione positiva.¹⁵² Si tratta – come è stato affermato – “di pensare *altrimenti* la prevenzione”¹⁵³: mediazione e riparazione, utilizzando lo strumento del consenso, in luogo di quello del terrore, sanno operare nel segno della prevenzione positiva, senza trascurare i bisogni emotivi di pena della vittima e della società.¹⁵⁴ Roxin parla di una “prevenzione generale orientata alla integrazione ed alla pacificazione” e di una “pacificazione del

¹⁵¹ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 122 s. Secondo C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 20, in questo contesto la risocializzazione non è esposta nemmeno alle tradizionali critiche che investono il trattamento senza limiti di durata e che rischia di prevaricare la persona. Sulla pericolosità di un “trattamento” imposto, volto a condizionare la personalità del reo, si sofferma anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 49 s., nell'analizzare l'orientamento francese della “Nuova Difesa Sociale”, che addirittura giunse, dopo il 1971, a mutare il termine “risocializzazione” con quello di “riconciliazione”, abbandonando l'idea del trattamento terapeutico a favore di un trattamento “non orientativo”.

¹⁵² L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 829; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFARO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, cit., 129; ID., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, cit., 43 s.; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 346. Cfr. altresì, G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155 s. nonché ampiamente, sulla prevenzione generale positiva, W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, cit., 417 ss.; ID., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 93 ss.; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 712.

¹⁵³ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 45.

¹⁵⁴ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1000, nt. 114. Come afferma L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1119: “nulla risulta in grado di restituire autorevolezza a norme giuridiche disattese, entro i diversi ambiti relazionali di appartenenza, più della decisione personale di prendere le distanze da quel comportamento operata dallo stesso agente di reato”. Cfr., altresì, F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 57.

sentimento giuridico”, connessa al “ristabilimento della pace giuridica turbata dal reato”.¹⁵⁵

Lungi dal rappresentare l’unico strumento efficace, in tale prospettiva la pena detentiva, che rappresenta nel nostro ordinamento la forma punitiva maggiormente lesiva dei diritti individuali, viene finalmente a perdere centralità (*extrema ratio* del ricorso alla reclusione), aprendo nuovi spazi di discussione anche in merito alle rigorose garanzie che essa impone per la sua applicazione.¹⁵⁶

Un contributo importante alla riflessione sul rapporto tra la riparazione e le tradizionali teorie della pena è stato offerto anche dalla dottrina che in termini più radicali ha ricercato una diversa giustificazione assoluta della sanzione penale, indicando la riparazione come suo principio costitutivo.¹⁵⁷ Se, nella sua struttura, alla luce di tale fondamento, essa dovrebbe sempre ricomporre una traumatica interruzione di rapporti sociali e rimediare alle conseguenze del delitto, non per questo la pena non soddisferebbe le esigenze della prevenzione generale, rassicurando il corpo sociale circa la validità dell’ordinamento giuridico in vigore e dissuadendo i cittadini dal delitto col mostrare che i vantaggi sarebbero inferiori all’utilità della condotta osservante, e quelle della prevenzione speciale, favorendo il ripristino di un dialogo interrotto ed offrendo al reo le condizioni per reinserirsi nella

¹⁵⁵ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 16 s. Egli ritiene che sia opportuno riferire il concetto di prevenzione integratrice al mero scopo di pacificazione e considerare la prevenzione generale positiva come categoria complessiva che comprende, oltre alla pacificazione, finalità pedagogiche (conferma nella fedeltà all’ordinamento) e finalità orientate a stimolare la fiducia nell’ordinamento. S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 347, precisa che la mediazione è caratterizzata dall’incertezza in merito ai risultati, “ma si tratta di un’incertezza non dissimile da quella che è legata allo stesso concetto di rieducazione, rispetto al quale il saggio legislatore utilizzò il termine ‘tendere’”.

¹⁵⁶ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345; L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 824; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 21; F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Critica dir.*, 2004, 267; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, in *Riv. Pen.*, 2003, 1047; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 85, parla, in termini non troppo dissimili, ancorché con riferimento al momento dell’esecuzione, di secondo significato della sussidiarietà: “l’esecuzione effettiva della sanzione privativa della libertà come rimedio estremo, accanto ad altre sanzioni penali parimenti disponibili”. Per una riflessione sul significato della pena detentiva cfr. C. F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 99 ss.

¹⁵⁷ M. BOUCHARD, *La riparazione come risposta all’ingiustizia*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, cit., 81, afferma, al contrario, che la riparazione non può essere, anche solo in parte, scopo della pena.

società e rifiutare la sanzione per il futuro. Assumendo un significato ancora più polivalente, essa conterrebbe anche i caratteri della retribuzione in chiave garantistica, conseguendo solo ad una condotta tassativamente prevista come reato ed assumendo un'estensione commisurata alle sue conseguenze dannose.¹⁵⁸

In termini meno assoluti, ma assai significativi, Mantovani ha ritenuto opportuno includere espressamente tra gli scopi del diritto penale (più che della pena), accanto a quelli tradizionali, proprio la pacificazione sociale, perseguibile attraverso la riparazione della vittima e quindi innanzitutto attraverso la subordinazione di ogni istituto specialpreventivo-premiale al requisito di una dimostrata solidarietà del reo verso la trascurata vittima.¹⁵⁹

Anche a prescindere da queste peculiari letture, non vi è dubbio che se si valorizzano consenso e condotte positive dell'autore all'interno del sistema penale è possibile pensare ad un apparato sanzionatorio tendenzialmente "duttile", che sappia adeguatamente considerare i soggetti coinvolti, personalizzando la risposta statale: un modello dialogico di giustizia penale "presuppone il superamento dell'idea dell'afflittività della pena quale reazione indefettibile e necessaria all'affermazione dell'ordine assiologico violato dal reato".¹⁶⁰

Secondo una prospettiva che ha recentemente riconsiderato in termini più complessi il rapporto tra tradizionali "fini" e "funzioni" della pena, la "funzione" di prevenzione generale, positiva (orientamento culturale) e negativa (intimidazione), riguarderebbe il sistema giuridico nel suo complesso e non la pena in quanto tale (i suoi fini).¹⁶¹ Il criterio di proporzione rappresenterebbe una garanzia-limite per la durata della pena fin dalla sua comminatoria edittale, ma il fine della stessa in fase applicativa (commisurazione ed esecuzione) non potrebbe che essere individuato nella prevenzione speciale positiva, attinente al futuro del singolo.¹⁶²

¹⁵⁸ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 96 ss. Critico sulla possibilità di inquadrare il risarcimento come nuovo fine della pena C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14.

¹⁵⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 232.

¹⁶⁰ A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 983. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 917, nt. 40, afferma che solo una ormai superata concezione retributiva giustificerebbe un'inesorabile giustizia *ex post*.

¹⁶¹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 908 s., precisa che se la pena stessa può di fatto contribuire alla generale funzione di prevenzione generale, non deve comunque perseguire tale scopo (fine) nel momento in cui viene irrogata.

¹⁶² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 912, rilegge così il pensiero già espresso in altri suoi scritti, ed in particolare in M. DONINI, *Il volto attuale*

Se ragioni di proporzione dovessero infatti sempre imporre il rispetto del minimo della pena si “paleserebbe un’essenza retributiva antiumanistica e anzi disumana, perché *nessuna persona è commisurabile a un fatto*”.¹⁶³ La pena, così, senza che si possa pensare ad alcuna patologia del sistema, andrebbe disapplicata o degradata quando “la sua esecuzione primaria appaia inutile rispetto alle finalità dell’intervento”.¹⁶⁴ Ad essere precisi, però, considerazioni di prevenzione generale, e non solo specialpreventive, troverebbero una collocazione adeguata nel fenomeno della *non punibilità*, che presuppone in linea di massima delle figure tipizzate, ma consente altresì al giudice di considerare tali ragioni per orientare in senso favorevole “gli spazi di discrezionalità contenuti nella scelta tecnica di adottare o meno un’ipotesi di non punibilità”.¹⁶⁵

Anche al di fuori di questa lettura affascinante – che verrà ripresa in seguito riflettendo sulle declinazioni processuali del paradigma riparativo – possiamo rilevare fin d’ora che ormai vi è una diffusa consapevolezza in merito ad una sempre più frequente interruzione del rapporto che lega il reato alla pena e, tra coloro che condivisibilmente non vogliono rinunciare ad un recupero di effettività della sanzione come certezza, vi è comunque chi riconosce che sebbene, almeno in linea teorica, la pena prevista debba essere normalmente irrogata, a determinate condizioni, alla commissione di un reato può “non seguire l’infrazione della pena,

dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, cit., 275, dove aveva distinto il fondamento della pena a seconda che si guardasse al massimo (prevenzione generale) o al minimo (prevenzione speciale). In M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 84 (nt. 20), precisa che la prevenzione generale dovrebbe avere già consumato il suo compito nella fase della comminatoria, mentre il vero problema della gerarchia tra i fini si pone in termini di “connessione fra la prevenzione *speciale positiva* (risocializzazione/rieducazione) e la prevenzione *speciale negativa* (neutralizzazione della capacità criminale)”. A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, cit., 31, parla di “prevenzione nei limiti della colpevolezza”, mentre le istanze specialpreventive possono agire in *bonam partem*, producendo un decurtamento di pena. Se T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 320 riconosce che la pena può essere inferiore per ragioni di prevenzione speciale, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 83, ritiene che si possa anche giungere a non applicare la pena (ad esempio perché il condannato appare già sufficientemente punito dalle conseguenze del suo reato; su questa idea giuridica rinvia al par. 60 StGB).

¹⁶³ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 275. Come afferma L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 42, “parlare di risposta al reato (di pene previste per i reati) è, in ogni caso, un eufemismo: nella realtà [...] non si sanzionano, astrattamente, illeciti, ma si interviene pur sempre su persone”.

¹⁶⁴ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1051; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 86.

¹⁶⁵ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 915 s.

senza che ne risenta l'effettività del sistema repressivo".¹⁶⁶ Nel rispetto del principio di legalità, il problema si sposta sulla definizione attenta dei presupposti, nonché, naturalmente, in questo contesto, per irrinunciabili esigenze di coerenza sistematica, sulla previa verifica del raggiungimento, con strumenti alternativi, degli scopi presi di mira dalla sanzione penale.¹⁶⁷

Anche per i sistemi di ricomposizione del conflitto che valorizzano la riparazione ed il consenso, in alternativa alla pena tradizionale, e che, come descritto, potrebbero rappresentare delle vie concretamente percorribili in questa prospettiva (soprattutto in relazione a reati che sono prevalentemente posti a presidio di interessi privati) è indispensabile così non sottovalutare il significato comunicativo dell'azione positiva successiva – su cui si può fondare la scelta politico-criminale di rinuncia alla pena – che, proprio per raggiungere i fini perseguiti e comunque per rinsaldare il senso di sicurezza collettivo, non può ridursi indiscriminatamente e in modo meccanico alla mera indennizzazione della vittima.¹⁶⁸

¹⁶⁶ F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 435. Nello stesso senso, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.

¹⁶⁷ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., 435, è critico, ad esempio, nei confronti della tendenza di trattare la punibilità come una variabile indipendente dall'offesa e dalle funzioni di prevenzione della pena.

¹⁶⁸ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 84. Come ricorda Roxin, l'effetto specialpreventivo della sanzione penale potrebbe essere nullo se il ladro dovesse restituire solo l'oggetto rubato, mentre, sotto il profilo generalpreventivo, la mera minaccia di restituzione del profitto non sarebbe in grado di distogliere alcuno da progetti criminosi: C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8.

CAPITOLO SECONDO
LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: DEFINIZIONI,
PRATICHE E NUOVI CONTRIBUTI AL SISTEMA PENALE

1. Alla ricerca di una definizione di giustizia riparativa

Descritto almeno sommariamente il quadro in cui la giustizia riparativa si inserisce, con l'obiettivo di rispondere ad alcune prime e fondamentali esigenze, soprattutto sul piano del diritto sostanziale, si impone ora una riflessione ulteriore, che investa nello specifico la nozione ed contenuti di questo multiforme modello di giustizia, entro il quale si possono collocare anche le pratiche di mediazione e di riparazione.

1.1 Analisi di alcune definizioni proposte

Considerata l'ampiezza della produzione dottrinale in materia, una certa difformità di vedute nell'approccio al tema non dovrebbe stupire. Tuttavia, il dibattito internazionale sulla nozione stessa di *restorative justice* è così acceso e caratterizzato da contrapposizioni molto forti tra gli aderenti alle diverse correnti, che chiunque si avvicini allo studio della materia non può che rimanere confuso e disorientato.

Tra le preoccupazioni più evidenti di molti sostenitori della giustizia riparativa, anche se da prospettive divergenti, vi è quella di offrirne una definizione il più precisa possibile, per evitare ogni sorta di contaminazione con pratiche che vi sono estranee, spesso senza considerare che ogni modello può evolversi in ragione di istanze sempre nuove alle quali l'operatore cerca concretamente di rispondere e che forse proprio dal dialogo con esse può essere meglio compreso, riletto e comunque

sviluppato quanto è stato teoricamente elaborato.¹

Tra le moltissime definizioni proposte dalla dottrina,² è possibile identificarne alcune come maggiormente significative.

Marshall si riferisce efficacemente alla *restorative justice* come ad un “approccio *problem-solving*” al reato, o, più precisamente, ad un processo in cui tutte le parti interessate da un particolare reato si incontrano per decidere insieme come affrontare le conseguenze dell’offesa e le sue ripercussioni nel futuro.³

Questa definizione, però, è stata oggetto di critiche perchè troppo ristretta, in quanto dimentica, ad esempio, di includere tutte le forme di giustizia riparativa che prescindono da una partecipazione diretta (incontro) di vittima ed offensore.⁴

Alcuni autori hanno così preferito porre l’accento sul momento riparativo

¹ Come rileva G. JOHNSTONE, *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, in ID. (ed. by), *A Restorative Justice Reader. Texts, Sources, Context*, Cullompton, Willan, 2003, 1 s., secondo alcuni sostenitori della giustizia riparativa, molte pratiche rappresentate come “riparative”, non sono affatto dei buoni esempi di *restorative justice*.

² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 46 ss., ad esempio, ha cercato di distinguere, in base ai destinatari, quelle orientate sulla vittima del reato da quelle orientate sulla comunità, concetto ambiguo, utilizzato spesso in modo sfuggente, e con molteplici funzioni, nelle argomentazioni dei sostenitori della giustizia riparativa. Pone l’attenzione, in particolare, sulla tutela delle vittime M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, Ballmoor, Buckingham, Open University Press, 1991, *passim* e ID., *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-quanto-e-riparatrice-la-giustiziariparatrice/view>. Per una riflessione sul ruolo della comunità, cfr. invece, P. MCCOLD, *The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles, and Conferencing*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, cit., 136 ss., nonché L. WALGRAVE, *La justice restaurative: à la recherche d’une théorie et d’un programme*, in *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, 14, che precisa come le definizioni di comunità siano “vaghe o addirittura contraddittorie”; A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 47, che parla di termine “ampio, vago e con più significati”, nonché l’approfondita analisi di F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 90 ss., il quale elenca molteplici ruoli della *community*: vittima del reato, soggetto cointeressato alla risposta al reato, fonte di individuazione dei comportamenti che il diritto è chiamato a sanzionare, vero titolare del conflitto sociale, tessuto di relazioni sociali. Nel pensiero di Braithwaite, essa sarebbe addirittura uno strumento di pressione psicologica e di controllo del reo (p. 147). Cfr. quindi, nella sterminata produzione bibliografica, P. BLUME LEONARD, *An Introduction to Restorative Justice*, in E. BECK, N. P. KROPF, P. BLUME LEONARD (ed. by), *Social Work and Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 31, nonché D. W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, 2° Ed., Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Co., 2002, 25 ss., per una breve ricostruzione della storia della *restorative justice*, termine utilizzato, secondo gli autori, per la prima volta nel 1977 da Albert Eglash, per distinguere questa forma di giustizia dalla *retributive* (basata sulla pena) e dalla *distributive justice* (basata sul trattamento terapeutico).

³ T.F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview*, cit., 5., dove è riprodotta come comunemente accettata la definizione, liberamente tradotta nel testo, che si riproduce testualmente: “*Restorative justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implication for the future*”. Tale definizione è richiamata, tra gli altri, anche da R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 52.

⁴ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit. 23.

dell'offesa causata dal reato, come scopo fondamentale di questo modello di giustizia.⁵

Johnstone e Van Ness ritengono che la riparazione costituisca un elemento fondante solo della “*reparative conception*”, che deve essere distinta dalla “*encounter conception*”, che si incentra sull'incontro tra la vittima e l'offensore, e dalla “*transformative conception*”, che valorizza lo studio e la rimozione delle cause che precedono il reato e possono porsi alla base di esso.⁶

Ad essere precisi, tutte e tre le concezioni prendono in considerazione gli elementi citati, ma ad essi viene attribuita una diversa rilevanza.

La concezione orientata all'incontro tende ad identificare la *restorative justice* con alcune pratiche “democratiche”, quali la mediazione, poichè richiede irrinunciabilmente che alle parti sia data la possibilità di incontrarsi fuori dal sistema formale di giustizia e di decidere insieme come rispondere al crimine (mentre eventuali professionisti rimangono sullo sfondo). Gli effetti fecondi del semplice incontro – considerato come fine autonomo della pratica riparativa – hanno portato Umbreit, ad esempio, ad affermare che esso deve essere considerato positivamente anche in ipotesi di assenza di accordo riparatorio (che ha un ruolo secondario), quando, grazie al ricorso ad un modello “umanistico” di mediazione, la vittima è riuscita ad esprimere cosa il reato ha comportato per la sua vita ed a ricevere delle risposte dal reo, mentre quest'ultimo ha compreso il reale impatto umano del suo

⁵ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit. 315; P. WALLIS P., B. TUDOR, *The Pocket Guide to Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2008, 13: “*Restorative justice is about repairing the harm caused by crime*”. La più citata definizione, in questa prospettiva, è “*every action that is primarily oriented towards doing justice by repairing the harm that is caused by crime*”: G. BAZEMORE, L. WALGRAVE, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in ID. (ed. by), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Arm of Youth Crime*, Monsey, Criminal Justice Press, 1999, 48.

⁶ G. JOHNSTONE e D. W. VAN NESS, *The Meaning of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 5 ss. Cfr. altresì l'esame delle diverse concezioni contenuto in F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 99 ss. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 72 ss., distingue invece tra modelli che valorizzano la riparazione e modelli che valorizzano l'aspetto comunicativo-relazionale del conflitto. M. ZERNOVA, M. WRIGHT, *Alternative Visions of Restorative Justice*, in G. JOHNSTONE, D. W. VAN NESS (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, cit., 93, utilizzano una diversa terminologia per le prime due ipotesi considerate, contrapponendo un modello basato sulla procedura (*process-focused*) ad uno basato sull'esito (*outcome-focused*).

comportamento.⁷ La *reparation* senza un preventivo incontro non può essere naturalmente considerata coerente con tale modello.⁸

La concezione orientata alla riparazione ritiene, invece, imprescindibile una risposta riparatoria alla lesione, che il reato ha arrecato. L'importanza della dimensione partecipativa è riconosciuta, innanzitutto, per ripristinare il dialogo che è stato interrotto,⁹ ma si può rimanere nell'ambito della *restorative justice* anche quando l'incontro non sia desiderato dalla vittima, sia inopportuno o sia semplicemente impossibile.¹⁰

Gli obiettivi più ambiziosi, infine, sono quelli della concezione orientata alla trasformazione, che individua come fine primo ed ultimo della giustizia riparativa quello di “trasformare il modo in cui ciascuno di noi comprende se stesso e si relaziona con gli altri nella vita quotidiana”.¹¹ Una risposta adeguata al crimine deve infatti spingersi fino ad indagare il contesto sociale e culturale in cui il reato si è manifestato, approntando i rimedi necessari.

Se, nelle opere dei diversi autori, l'approccio *reparative* sembra a prima vista prevalere, entro quadri teorici sempre più elaborati, anche per la sua capacità di prestare maggior attenzione alla differenza sostanziale che caratterizza normalmente le posizioni della vittima e dell'offensore, non è comunque facile cogliere delle espressioni “pure” di queste diverse concezioni, che vengono frequentemente integrate e rilette.

Nell'ambito della dottrina italiana, ad esempio, Ceretti valorizza la

⁷ M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, XXXVIII ss.

⁸ J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 7 ss., si sofferma criticamente sui valori che dovrebbero caratterizzare ogni processo riparativo, per essere correttamente considerato tale.

⁹ H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 26 ss.

¹⁰ L'incontro tra vittima ed offensore, ad esempio, viene considerato da F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 164, inopportuno, in caso di violenza su minori. Sulla problematicità del concetto di riparazione ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

¹¹ G. JOHNSTONE e D. W. VAN NESS, *The Meaning of Restorative Justice*, cit., 15: “to transform the way in which we understand ourselves and relate to others in our everyday lives...”. Cfr. G. JOHNSTONE, *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in H.V. MILLER, (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008, 59 ss. Tra gli autori che hanno condiviso questa concezione vengono citati D. SULLIVAN, L. TIFFT, *Restorative Justice: Healing the Foundations of our Everyday Lives*, New York, Willow Tree Press, 2001. Si può leggere in questa prospettiva anche l'affermazione di J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, cit., 1: “RJ is not simply a way of reforming the criminal justice system, it is a way of transforming the entire legal system, our family lives, our conduct in the workplace, our practice of politics. Its vision is of a holistic change in the way we do justice in the world”.

dimensione riparativa, ma afferma che la riparazione, per i fautori della *restorative justice*, dovrebbe essere sempre preceduta da un percorso che aiuta il reo a riflettere sul conflitto e sulle cause che l'hanno originato nonché a ri-conoscere le proprie responsabilità e la "globalità" del danno arrecato.¹² La stessa mediazione, infatti, può rappresentare una forma di riparazione morale nei confronti della vittima.¹³

Reggio colloca invece la *restorative justice* "sulle orme di una *giustizia dialogica*, la quale interviene perché la dimensione del dialogo intersoggettivo è stata violata, si pone l'obiettivo di ripristinarla, ed assume tale dialogo come strumento operativo e come condizione di validità".¹⁴ Proprio la ricostituzione di un confronto dialogico è da lui considerata una componente fondamentale della riparazione.

Nella dottrina anglosassone, poi, la giustizia riparativa è stata recentemente letta in stretta connessione con la dimensione della fiducia, che deve essere adeguatamente considerata per comprenderne il significato. Il reato fa perdere alla vittima ogni fiducia: nell'offensore, innanzitutto, ma anche nella società, che non è riuscita ad assicurargli una garanzia di sicurezza. Attraverso questo modello di giustizia, ed in particolare attraverso la riparazione, si mira a consentire al reo ed alla società di riguadagnare la fiducia della persona offesa.¹⁵

Zehr e Mika, infine, individuano una serie di principi fondamentali della giustizia riparativa, tra i quali spiccano la promozione del dialogo "diretto od indiretto", a seconda dei casi, tra le vittime e gli autori del reato ed il rispetto di tutte le parti, ma soprattutto la valorizzazione delle conseguenze dannose del reato più che della violazione delle norme e quindi lo sforzo verso la riparazione a favore della vittima.¹⁶

Un'altra contrapposizione teorica, parzialmente sovrapponibile a quella già descritta anche se da una diversa prospettiva, si coglie tra un'opzione "purista" ed

¹² A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 79. Così anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 100 s.

¹³ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

¹⁴ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 208.

¹⁵ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit., 25 ss.

¹⁶ H. ZEHR e H. MIKA, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in HOYLE C. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, cit., 63 s.

una “massimalista” di *restorative justice*.¹⁷

Nella concezione “purista” di McCold, ad esempio, tale nuovo modello di giustizia deve essere integralmente alternativo ed estraneo a quello tradizionale, evitando di mutuarne metodi, prassi e concetti, rifiutando ogni forma di coazione e valorizzando il consenso, la volontarietà e l’informalità.¹⁸ Come vedremo, egli in altri lavori offre un quadro completo e composito delle diverse pratiche anche parzialmente riparative, tenendo conto dei destinatari delle stesse, ma non ammette contaminazioni teoriche della *restorative justice*, come ideale, che deve rimanere “puro” per poter giungere a permeare di sé completamente, nel futuro, il sistema tradizionale della giustizia penale.¹⁹

Walgrave condivide, invece, una prospettiva “massimalista” di *restorative justice*, integralmente applicabile alla giustizia penale, e la definisce come “un’opzione nel fare giustizia, a seguito della commissione di un reato, che è primariamente orientata alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale causato da quel fatto criminoso”.²⁰ Come i sostenitori della concezione orientata alla riparazione, l’Autore afferma di preferire percorsi e soluzioni consensuali (mediazione, *restorative conferencing*, *sentencing circles*), ma non parla di monopolio di questi strumenti e non esclude il ricorso alla sanzione penale o, addirittura, a forme di imposizione della riparazione, quando necessario.²¹ Ritiene irrinunciabile, invece, che il diritto assicuri il rispetto di alcuni principi (quali il giusto processo o la proporzionalità), anche nell’ambito dei procedimenti informali, previa un’eventuale loro riformulazione per garantirne la compatibilità con il modello.²² Infine, in termini molto espliciti, egli sottolinea la necessità di tenere

¹⁷ Cfr. l’analisi di F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 109 ss.

¹⁸ P. MCCOLD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 ss.

¹⁹ Cfr. l’analisi di M. ZERNOVA, *Restorative justice*, Aldershot, Ashgate, 2007, 53.

²⁰ L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008, 21, dove, integrando la definizione di Bazemore and Walgrave, già citata, si legge: “*an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm, caused by that offence*”.

²¹ Cfr., L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, cit., 621.

²² L. WALGRAVE, *Restorative Justice and the Law. Socio-ethical and Juridical Foundations for a Systemic Approach*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton, Willan, 2002, 216. Sull’importanza di non soffermarsi unicamente sul risultato, ma anche sulle singole fasi del percorso che porta alla riparazione, il quale deve svolgersi nel rispetto dei diritti umani, si sofferma M.

distinta, nell'approccio al reato, una prospettiva pubblicistica da una privatistica: di fronte ad un'offesa penalmente rilevante, che ha un significato sovraindividuale, è pur sempre necessario l'intervento della pubblica autorità che esprima disapprovazione e risponda alla domanda di sicurezza con atti diretti alla riparazione.²³

Questa lettura ci sembra molto interessante. Sebbene la rilevanza assunta dal tema della pena in questo dibattito non sia fondamentale per il nostro studio, che si incentra sulle possibilità di una definizione conciliativa dei conflitti in una fase anticipata rispetto alla condanna e senza ricorrere alla sanzione penale, abbiamo implicitamente chiarito, fin dalle prime pagine del nostro lavoro, di voler evitare ogni rigida contrapposizione tra modelli di giustizia, ricercando nella *restorative justice* degli strumenti utili ad arricchire la giustizia tradizionale o comunque ad entrare in relazione con essa.

Come è stato evidenziato, l'autonomia della giustizia riparativa è impensabile, visto che essa si avvale di definizioni e concetti, ma anche di istituti, della giustizia penale tradizionale; l'esistenza di un sistema penale e processuale è presupposta (più che esclusa) da gran parte dei sostenitori della *restorative justice*.²⁴ Addirittura, vi è chi afferma che proprio averla considerata un modello rigidamente alternativo a quello istituzionale può averne ostacolato una più ampia diffusione.²⁵ Riferendosi alla mediazione penale nel quadro di un ordinamento positivo, ad esempio, Mannozi - che pure valorizza autonomia ed alternatività del paradigma riparativo - ritiene si debbano considerare come imprescindibili almeno due legami con il sistema penale: la definizione penalistica del conflitto, a monte, e la disciplina degli effetti della mediazione sulla definizione del procedimento, a valle.²⁶

Daly, in senso analogo, ha messo in discussione alcuni "miti" della giustizia riparativa, partendo dalla condivisibile constatazione che tale modello non può

WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., 112 (tale profilo è sottolineato da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 61).

²³ L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 26 s.

²⁴ G.C. PAVLICH, *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, London, Glasshouse Pr., 2005, 14; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 138. Cfr. altresì F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 117.

²⁵ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit. 11.

²⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 401.

disinteressarsi della dimensione punitiva o pensare di prescindere interamente, visto che essa rimane la principale attività statale di risposta al crimine. Non si può pensare che il sistema riparativo sia contrapposto a quello retributivo, ma invece si deve auspicare che le due prospettive si integrino, anche per evitare di essere pessimisti di fronte alle molte difficoltà che il nuovo modello incontra (non sempre vittima ed offensore trovano un terreno comune di incontro; non sempre il reo è disposto a chiedere scusa e non sempre la vittima è disposta ad accettare le scuse).²⁷

Richiamando quindi le fonti normative sovranazionali, estremamente significativa a scopo definitorio appare soprattutto la distinzione che è stata operata nella Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente “i principi base nell’uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale” (ECOSOC Resolution 2002/12), tra “processo riparativo” ed “esito riparativo”. Pur partendo infatti da una definizione completa di “programma riparativo”, che deve avvalersi di processi riparativi e proporsi di raggiungere esiti riparativi, è importante sottolineare come nei primi sono compresi quei percorsi in cui “la vittima, il reo e, dove è opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità che abbia subito le conseguenze di un reato partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte, con l’illecito penale, generalmente con l’aiuto di un facilitatore”, mentre, tra gli esiti riparativi, consensualmente raggiunti, sono indicati “risposte e programmi quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole”.²⁸ Se il modello che le Nazioni Unite hanno deciso di fare proprio risente indubbiamente delle influenze esercitate dai sostenitori di una concezione della *restorative justice* incentrata sulla dimensione dell’“incontro”, non sono state del tutto dimenticate le istanze dei sostenitori della prospettiva della *reparation*.

Ci sembra soprattutto che questa risoluzione sottenda una prospettiva particolare, che ci sentiamo di condividere. Se si può parlare di un programma strettamente riparativo solo in presenza di tutti i presupposti indicati (processi ed

²⁷ K. DALY, *Restorative Justice. The Real Story*, cit., 197 ss. Come evidenzia D. ROCHE, *Dimensions of Restorative Justice*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 62, No. 2, 2006, 235, in molte occasioni la *restorative justice* ha operato in modo più efficace proprio perchè sullo sfondo si apriva la possibilità di un procedimento penale, in ipotesi di mancata cooperazione da parte dell’indagato.

²⁸ Cfr. testo in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>

esiti), non si possono negare le potenzialità dei semplici esiti riparativi.

Così, Van Ness e Heetderks Strong, in un modello più complesso, hanno individuato i valori fondanti della giustizia riparativa nell'incontro, nelle scuse (comprehensive di eventuali restituzioni), nella reintegrazione nella comunità e nell' "inclusione", da leggersi come diritto delle vittime, degli autori del reato e della comunità ad essere coinvolti nella risposta al reato ed al riconoscimento dei loro interessi e punti di vista. Perché un sistema od un programma sia considerato dai due autori "pienamente riparativo" tutti i valori fondanti, nella loro massima espressione, devono essere rispettati. Solo l'ultimo valore, l'"inclusione", è tuttavia intangibile, per un "sistema minimamente riparativo", che prende in seria considerazione le conseguenze dannose di un reato, con un accordo raggiunto a prescindere dall'incontro e/o con restituzioni o scuse.²⁹ E' possibile quindi individuare diversi gradi di "riparatività" di un sistema o di un programma.

Alla luce di questo quadro molto complesso e sfuggente è difficile riuscire a ricostruire una definizione condivisa di *restorative justice*, ma, senza irrigidire eccessivamente le differenze e tenendo conto di alcune indicazioni offerte dalle Nazioni Unite, è comunque possibile individuare, nei diversi approcci, alcuni elementi comuni o istanze-chiave che rappresentano "un ideale luogo di convergenza" delle diverse prospettive³⁰ e consentono di cogliere i principali tratti riparativi, eventualmente graduabili, di alcune pratiche o anche solo le influenze di tali nutrite riflessioni nell'elaborazione di alcuni specifici istituti rilevanti per il sistema penale.

In questa prospettiva, alla diade "reato/pena" viene sostituita la diade "conflitto/riparazione".³¹

²⁹ D. W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, cit., 228 ss. Quanto al "sistema minimamente riparativo", è necessario evidenziare una piccola differenza tra quanto descritto nel testo fino ad ora citato e quanto Van Ness ha autonomamente rielaborato nel testo VAN NESS, D. W., *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System*. (Paper Presented at the Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles, October 2000, Tübingen, Germany), in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/vanness9/view> (egli afferma infatti, alla prima nota, di aver rivisto il testo predisposto per la seconda edizione del volume curato con la collega Heetderks Strong). Infatti, in questo diverso contributo, egli ritiene non necessario che si raggiunga effettivamente l'accordo, ma invece che sia sufficiente un contatto indiretto tra le parti. Per questa ragione, nel testo, ho utilizzato l'alternativa "e/o", nel rapporto tra accordo e restituzioni o scuse.

³⁰ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 53, nt. 1.

³¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 27.

Visto attraverso le lenti della giustizia riparativa, infatti, il reato non è soltanto l'offesa di un bene giuridico protetto dall'ordinamento o, ancora più astrattamente, la violazione di una norma penale, ma è anche, e innanzitutto, "interazione",³² un'offesa arrecata ad un soggetto, che ha origine all'interno di un conflitto o comunque lo provoca, in quanto rompe una relazione: tale forma di giustizia può essere definita "relazionale"³³ e riporta l'uomo "nel diritto e al centro del diritto".³⁴ Differenziandosi in ciò dai citati modelli di penalità premoderni, in questo contesto viene riscoperta la centralità della persona e delle relazioni, ma il conflitto non viene mai considerato nell'esclusiva disponibilità delle persone che vi sono state coinvolte.³⁵

La pena tradizionale tende ad essere sostituita con istituti che hanno un significato riparatorio e viene incoraggiata la riconciliazione tra le parti: la vittima e l'offensore, con il sostegno della comunità, sono chiamati a tenere in considerazione le conseguenze che si producono con il fatto criminoso ed a cercare autonomamente soluzioni anche innovative, che promuovano la riparazione.³⁶

La giustizia riparativa non si limita ad accertare chi è colpevole o innocente, ma si fa carico del conflitto sotteso o generato dal reato in prospettiva riparativa e pacificatoria, favorendo l'incontro personale tra le parti.³⁷ Questo modello, così, consente di guardare alla questione criminale superando la già citata visione orientata al solo autore, per allargarsi a comprendere le reali necessità delle vittime e della

³² D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 287, usa questa efficace espressione.

³³ A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 78; G. PONTI, *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, cit., 3 (si propone di "instaurare nuovi e più fruttiferi rapporti fra i due protagonisti del sistema penale"). F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 22, pone l'accento sulla concezione del reato, "in termini di danno alle persone". Come l'Autore precisa in diversi passaggi del suo lavoro (pp. 85 ss; 202 s.) bisogna stare attenti, parlando solo di "conflitto", a non sottovalutare che nel reato è implicita una violenza e che vi è una differenza fondamentale tra la posizione della vittima e quella dell'offensore, quale soggetto passivo od invece attivo della prevaricazione.

³⁴ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 210 (cfr. anche 119). H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 31, individua una pluralità di offese che vengono in rilievo: all'autorità costituita, alle vittime, alla comunità ed allo stesso autore del reato.

³⁵ H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 183, nonché, come ricordato, L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 26 s. F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 87, evidenzia sul punto la diversa prospettiva di Christie e di Zehr: la riflessione dell'americano, infatti, non si spinge fino ad una conclusione di stampo abolizionista.

³⁶ J.P. DUSSICH, J. SCHELLENBERG, *Introduction*, in ID. (ed. by), *The Promise of Restorative Justice. New Approaches for Criminal Justice and Beyond*, Boulder Colorado, London, Lynne Rienner Publishers, 2010, 1, che valorizza anche il profilo della "rassicurazione". Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 95.

³⁷ R. LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, cit., 16.

comunità in cui sono inserite. Il reo, però, non viene marginalizzato, ma diventa un co-protagonista nella gestione del conflitto, poiché la riparazione “passa necessariamente attraverso un suo gesto positivo nei confronti della parte offesa”.³⁸ L’elemento consensuale è uno dei perni sui quali queste pratiche si fondano, nell’esito e nel modo di procedere: l’ordine non viene imposto, ma negoziato.³⁹

La *restorative justice* si avvale, infine, come vedremo, di strumenti autonomi ed originali, come la mediazione, senza tuttavia rinunciare a giovare di tecniche di intervento già note alla giustizia tradizionale. Ben lungi “dall’emergere come un’araba fenice dalle ceneri del diritto penale” essa si pone come una evoluzione praticabile del “fare giustizia”.⁴⁰

1.2 La centralità del momento riparativo nella definizione di *restorative justice*

Il quadro tratteggiato non può certo considerarsi esaustivo, nel momento in cui ci si orienta a riflettere sui possibili contributi della giustizia riparativa a quella tradizionale. E’ necessario così condurre un ulteriore approfondimento sulla nozione di riparazione, che sebbene non sia un requisito irrinunciabile per tutte le concezioni di *restorative justice*, rimane comunque costantemente sullo sfondo di questo modello.⁴¹

1.2.1 La componente riparativa nella giustizia riparativa e nel diritto penale

Nonostante già alcuni autorevoli esponenti della Scuola Positiva – in polemica con la Scuola Classica che si era limitata a studiare unicamente la qualità e la quantità delle pene da irrogare alle varie specie di reato – avessero riconosciuto al risarcimento del danno (e non più in generale alla riparazione, in quanto ritenevano che l’offesa potesse essere riparata solo pecuniariamente)⁴² un interesse pubblico ed

³⁸ A. CERETTI, *Percorsi del riconoscimento: i rei*, cit., 79.

³⁹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 16, 27.

⁴⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 94 s.

⁴¹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 30.

⁴² R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1887, 3: “E’ chiaro che è impossibile lenire altrimenti quei dolori se non per mezzo di una riparazione pecuniaria la quale non sia limitata al risarcimento del solo danno materiale (come ad esempio la restituzione dell’oggetto rubato, il pagamento delle medicine o del salario perduto in caso d’infermità), ma debba tener conto di tutti gli altri elementi che per intenderci chiameremo danno *morale*”. Nonché, a pag. 6: “L’offesa non può essere riparata che pecuniariamente”. Cfr. sul punto anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza*

una funzione sanzionatoria anche all'interno del sistema penale,⁴³ la riparazione è stata normalmente esclusa dalle conseguenze penali del reato nell'ambito del diritto moderno e ristretta al contesto civilistico, poiché, come afferma Galain Palermo, essa non è stata considerata un mezzo adeguato per risolvere il “conflitto sociale” nascente dall'illecito penale.⁴⁴

Non diversamente, pur di fronte ad alcuni effetti penali del risarcimento del danno riscontrabili sul piano delle conseguenze sanzionatorie del reato⁴⁵, una parte consistente della dottrina, sia italiana che straniera, ritiene ancora che la riparazione possa avere esclusivamente una natura civilistica ed assolvere a marginali funzioni nel diritto penale.⁴⁶

spada, cit., 309 s.

⁴³ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, cit., 6 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 379. Secondo A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 989, se, nel Progetto del 1921, che reca l'impronta del presidente della Commissione, Enrico Ferri, il risarcimento del danno (quale funzione dello Stato) era stato addirittura ricompreso nel novero delle sanzioni penali *tout court*, nel codice Rocco si ravvisa ancora una pur minima influenza di tale concezione nella prescrizione, all'art. 185 c.p., dell'obbligatorietà del risarcimento del danno da reato (oltre che nella circostanza attenuante comune della riparazione/risarcimento del danno), che rappresenta un *unicum* nell'ambito della legislazione europea contemporanea al codice, dove si riscontra invece la netta tendenza a confinare la disciplina di tale istituto nella legge civile. Nel Progetto Ferri, infatti, agli artt. 90-99 (AA.VV. *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Milano, Vallardi, 1921, 147 s.) si disciplinava il risarcimento del danno cagionato dal delitto, prevedendo un obbligo in capo al P.M. di chiederlo, insieme alla sanzione tradizionale, ed in capo al giudice di imporre con la condanna l'obbligo di restituire il tolto alla parte lesa od eredi e di risarcire il danno. Affermava dettagliatamente R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, cit., 41: qualora il reato commesso appartenga al novero *delitti naturali* ed il reo non rientri nella categoria dei “delinquenti temibili od inidonei alla vita della società”, “il miglior mezzo repressivo sarà il costringerlo a riparare il danno materiale o morale di cui egli è stato causa. Sarà questa [...] la pena per lui più sensibile, la più utile all'offeso in cui essa farà scomparire il desiderio di vendetta, la più utile allo Stato, che potrà così diminuire il *budget* delle prigioni. Tutti ne saranno dunque contenti, salvo i soli rei, i quali pure ne riceveranno un indiretto vantaggio nell'essere così salvati dalla depravazione sempre maggiore della vita carceraria”.

⁴⁴ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 87.

⁴⁵ M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, 14 s., citando tra gli effetti penali del risarcimento del danno nell'ambito dell'ordinamento italiano l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., evidenzia l'intrinseco legame che avvince il danno all'illecito penale, “se è vero che può rifluire sulla valutazione del secondo l'intervenuta eliminazione del primo”.

⁴⁶ H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 281 ss., per il quale “il diritto del risarcimento del danno, cioè la parte civilistica del fatto, riguarda la riparazione del danno materiale ed eventualmente morale causato dall'autore; la pena consiste invece nell'aggiunta di un male ulteriore”. M.C. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, 245 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*. 4° Ed., Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, 735 ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8° Ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 609 ss. Per la ricostruzione di varie posizioni cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 97. Nella dottrina italiana, è sufficiente ricordare la ricerca approfondita di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., *passim*, anche per un'analisi delle molte problematiche poste dalla tesi che l'Autrice critica. Cfr. in ogni caso anche M.

Per essere precisi, nella prospettiva della giustizia riparativa, che si relaziona con condotte criminose, si distingue attentamente un concetto ampio di riparazione – che in qualche misura mira a ripristinare l’ordine violato dal reato o, come è stato affermato, a “porre rimedio alla lesione del reato”,⁴⁷ nella prospettiva della reintegrazione del “bene pregiudicato dall’azione criminosa”,⁴⁸ ma anche nei suoi aspetti immateriali quali il dialogo, il rispetto, la dignità e l’autostima della persona offesa, la sofferenza fisica e psicologica⁴⁹ – da quello di risarcimento del danno, che rappresenta unicamente una forma di riparazione a carattere patrimoniale, tipica del diritto civile.⁵⁰ Nonostante un’equa valutazione della dimensione economica del danno resti di fondamentale importanza,⁵¹ anche per la difficoltà di individuare un equivalente monetario dell’offesa penale in tutte le sue componenti e comunque per l’ontologica insufficienza del risarcimento rispetto alla condotta lesiva nell’ambito del diritto penale, la riparazione può e normalmente deve avere un carattere almeno in parte non strettamente monetario, assumendo ad esempio, a seconda del reato commesso, la forma delle scuse formali, di prestazioni lavorative o di altri atti, eventualmente simbolici, che abbiano una connessione con l’offesa arrecata con il reato, anche a favore della collettività, quanto alle conseguenze dannose subite da questa. Tale forma di riparazione assume, poi, un peso ancora maggiore quando il

ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.

⁴⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 25,

⁴⁸ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 988. L’offesa al bene giuridico può assumere naturalmente la forma di “danno effettivo o di messa in pericolo”, come precisa D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 181.

⁴⁹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010, 47; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70. Per una riflessione sul punto cfr. anche D. ROCHE, *Accountability in Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 27 e M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., XI, che definisce la riparazione come “actions to repair the damage caused by the crime, either materially (at least in part) or symbolically”. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s., parla di riparazione del “danno complessivo subito dalla vittima”, e quindi di condotta rivolta a capire la sofferenza fisica e psicologica, oltre che meramente economica, della vittima.

⁵⁰ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 98: “La riparazione non coincide con il risarcimento del danno: può semmai, e non sempre, ricomprenderlo”. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 100 s. e C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 13, che distingue la “riparazione di ordine penale” dal “risarcimento civilistico del danno”.

⁵¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 105 ss.

reo non abbia i mezzi sufficienti per risarcire integralmente il danno.⁵²

Parlando di riparazione in questo contesto, si chiede al giurista di avvicinarsi al tema con una particolare sensibilità ed attenzione, poiché ci si trova ad analizzare una dimensione che appare a prima vista incoerente con le strutture ed i meccanismi tipici della giustizia penale.⁵³ La riparazione della *restorative justice* va relazionata con il piano dell'offesa (lesione od esposizione al pericolo del bene protetto),⁵⁴ ma

⁵² Questa soluzione, ad esempio, fu proposta nell'AE-WGM, il progetto di riforma sulla riparazione del danno elaborato da un gruppo di professori tedeschi nel 1992, su cui ci soffermeremo *infra*, per le ipotesi in cui l'autore non sia in grado di risarcire integralmente il danno a causa delle sue condizioni personali o economiche (§3). Cfr. C. ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 17; H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 297, sottolinea l'importanza di valorizzare anche il mero sforzo riparatorio, per attuire il pericolo di una "giustizia di classe". Per l'esemplificazione cfr. anche F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., 98; M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders*, cit., XI; ID., *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 9; G. JOHNSTONE, *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, cit., 11; L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, cit., 27 ss., dove precisa che, in alcune ipotesi, si possono incontrare ostacoli insuperabili nell'attività riparatoria, che finisce per ridursi ad un'attività di conforto alla vittima.

⁵³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 114, sottolinea che "la giustizia penale, nel momento in cui recepisce strumenti e metodi della giustizia riparativa, inevitabilmente introduce un elemento incoerente con le sue strutture e con i suoi meccanismi".

⁵⁴ Non si tratta quindi di semplice riparazione del danno civilisticamente inteso, anche se spesso, nonostante le lucide definizioni offerte dalla dottrina tradizionale (F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, Istituto Italiano Arti Grafiche, 1930), nei casi concreti, non è possibile tracciare una linea di demarcazione netta tra l'offesa ed il danno civile, come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 6, "complice la giurisprudenza, che lascia trapelare, soprattutto in tema di individuazione dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile in quanto "danneggiati" in senso stretto, una certa mancanza di chiarezza sulla dicotomia tra i concetti di danno e offesa". Pur nella consapevolezza della complessità del tema, è vero, ad esempio, che nel concetto di offesa da riparare (o comunque sul piano dell'offesa) in questo contesto si possono includere (o ricondurre), senza ravvisare degli ostacoli insuperabili, le conseguenze, che sono suscettibili di essere eliminate, del reato sull'oggetto materiale dello stesso, da intendersi come "bene giuridico determinato" od "esemplare individuale del bene protetto"(cfr. pagg. 48 e 82 ss.). L'Autrice critica tale prospettiva, ma riconosce come proprio nell'ordinamento tedesco il danno ed il pericolo incidenti sul bene giuridico e determinanti il grado della violazione dell'interesse giuridico vengano sovente a coincidere con la lesione dell'"oggetto materiale", inteso come "oggetto di riferimento dell'azione tipica" (a pag. 419 precisa che l'offesa tende ad identificarsi, in questo ordinamento, con la "manifestazione esteriore e materiale dell'offesa"). Secondo tale ricostruzione, i reati di pericolo concreto sarebbero caratterizzati da eventi di pericolo, intesi come esposizione a rischio di un "bene giuridico determinato". Naturalmente, l'interconnessione tra oggetto giuridico ed oggetto materiale muta a seconda del bene protetto: più i beni sono interessati ad un processo di "volatilizzazione" e più si accentua il divario rispetto al bene materiale. E' bene precisare, del resto, come i casi in cui già F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 148, aveva individuato gli esempi di un male inerente al fatto illecito che trovava la sua completa espressione nel danno, erano costituiti dai delitti meramente patrimoniali. La necessità della pena si ravvisava tuttavia comunque, come conseguenza di alcune caratteristiche del risarcimento, che lo rendevano insufficiente. Interessante, in tale prospettiva, appare anche la riflessione svolta da G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 170 s., in merito alle diverse concezioni dell'evento nella dottrina italiana: naturalistica, giuridica o, invece, dell'"evento significativo". Secondo quest'ultima teoria (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 8° Ed., Milano, Giuffrè, 2003, 431, condivisa anche da N. MAZZACUVA, *Evento*, in *Digesto disc. pen.*, Torino, Utet, 1990, 451), l'evento significativo rappresenterebbe un "accadere esteriore nel suo significato umano e

non si può non notare come, nella maggioranza dei casi, ci si scontri con una notevole difficoltà, per non dire impossibilità, di riparare integralmente, in forma specifica, l'offesa (o danno criminale) con un comportamento successivo simmetrico a quello che ha integrato il reato. In ogni caso, poi, anche qualora la riparazione, come sopra intesa, fosse materialmente possibile, essa non potrebbe di regola sostituire la pena, almeno in base a quanto è previsto nella parte generale del codice penale italiano, che riconosce il primato al disvalore d'azione su quello di evento ed al fatto, sulla persona. Il recesso attivo, in ipotesi di delitto tentato, non esclude la punibilità, mentre se il reato è consumato, in caso di riparazione del danno mediante il suo risarcimento e, quando possibile, mediante le restituzioni, o qualora l'interessato si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, il sistema prevede soltanto una circostanza attenuante (art. 62 n. 6 c.p.) “che cristallizza in tal modo la *summa divisio* tra *offesa* penale (non eliminabile *ex post*) e *danno risarcibile* (sempre risarcibile, ma con effetti solo attenuanti)”.⁵⁵

Come si può cogliere dalle definizioni di riparazione che sono state offerte, la prima difficoltà, nel dibattito internazionale, non sembra preoccupare eccessivamente i sostenitori della *restorative justice*, che pensano ad un'integrazione tra questa ed il diritto penale, ammettendo anche forme di riparazione parziali o “simboliche”, connesse all'offesa, rivolte alla vittima ed alla collettività.⁵⁶

sociale” ed opererebbe come requisito imprescindibile di ogni fattispecie. La riparazione potrebbe indirizzarsi proprio nei confronti dell'evento significativo.

⁵⁵ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 893 ss. Un tanto è coerente proprio con la disciplina del recesso attivo (art. 56 c. 4 c.p.), anche se alcune forme di riparazione già riconosciute nel nostro ordinamento (su cui ci si soffermerà a breve) incrinano il modello di ravvedimento di cui all'art. 56 c. 4 c.p. (perché implicano non punibilità, anziché attenuanti): F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 357. Come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 245 s., e come avremo occasione di evidenziare meglio *infra*, però, a differenza del risarcimento del danno, le conseguenze dannose e pericolose attengono proprio ai “riflessi del danno criminale (offesa tipica del reato)”.

⁵⁶ Comprensibile alla luce delle premesse, ma non condivisibile nella sua assolutezza è quindi l'affermazione di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 47, per la quale l'offesa non sarebbe mai suscettibile di riparazione alcuna, sulla stessa linea di F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 143. Più aperta alla “riparazione” appare del resto la medesima Autrice in un testo successivo, D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”*, cit., 30, dove riconosce che il risarcimento del danno si manifesta sovente come “riparazione” “tendendo a ripristinare qualcosa di più del “mero” danno civilmente risarcibile”. Ella afferma che “non è assodato che tale *quid pluris* coincida con l'“offesa” del reato, ma è certo che esso è più simile al danno/pericolo per il bene preotetto che al danno civile”. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova,

La terminologia utilizzata, però, è spesso imprecisa o “atecnica”, se vista dal lato delle categorie penalistiche,⁵⁷ e richiede una precisazione. Dietro ad alcune affermazioni favorevoli alla possibilità di ripristinare, in un gran numero di casi, per non dire costantemente, l’ordine giuridico violato dal reato anche attraverso il mero coinvolgimento della collettività, si coglie infatti una concezione peculiare del danno cagionato dall’illecito penale, da intendersi come “danno sociale”.⁵⁸ E’ questa però una nozione ambigua, alla quale la dottrina italiana guarda con sospetto e che non si ritiene affatto utile considerare in questo contesto, nel quale ci si limiterà a riferirsi alla nozione di danno civile e di offesa al bene giuridico protetto.⁵⁹

Quanto ai rapporti con la pena, invece, le riflessioni sulla giustizia riparativa esprimono un marcato favore per l’arretramento della sanzione penale intesa in termini tradizionali, unitamente alla valorizzazione del momento conciliativo e dell’esito riparativo in senso ampio, anche come serio sforzo a ciò indirizzato. Quali specifiche conseguenze questa valorizzazione debba comportare nell’ambito penalistico, in particolare ai fini sanzionatori, è un problema però di natura diversa, che impone di considerare le peculiarità dei singoli sistemi di diritto positivo.

Nonostante la regola generale che si è enunciata sulla scorta dell’esame della parte generale del nostro codice - e che comunque, ad essere precisi, già “tradisce” un certo interesse anche per il mero risarcimento del danno, attraverso l’attenuante

Cedam, 1985, 131, in netto contrasto con il primo orientamento qui ricordato, già descriveva come cofunzionali al diritto penale quelle norme premiali che “diano rilevanza, laddove queste siano possibili, a complete reintegrazioni *ex post* del bene giuridico, in un primo tempo leso o posto in pericolo (condotte di salvaguardia *post factum* o di *restaurazione* del bene).” A pag. 750 egli ne raccomanda vivamente la valorizzazione. Nello stesso senso cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, Giuffrè, 1998, 29 s., nonché T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 406 s., che parla di reintegrazione dell’interesse protetto, con cui si rafforza “l’aspetto della prevenzione connesso alla tutela dei beni giuridici”.

⁵⁷ H. ZEHR e H. MIKA, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, cit., 61, parlano addirittura di giustizia riparativa, che “*seeks to heal and put right the wrongs*”, ovvero, con traduzione nostra, che “cerca di curare e rimettere le cose a posto”.

⁵⁸ Come preciseremo in chiusura del capitolo, non è questa la prospettiva condivisa dal presente studio.

⁵⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 230, ad esempio, mette in luce come l’interesse pubblico alla non commissione dei fatti vietati sia la *ratio* del diritto penale e non un vero e proprio oggetto giuridico. Parla di motivo o fondamento del divieto anche F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, cit., 102, con riferimento alla lesione dell’interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza o dell’interesse alla tutela giuridica, seppur precisando che ciò vale per ogni torto giuridico. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 11 (e 279 ss.), descrive una natura ambigua del danno sociale, o danno pubblico, che verrebbe arrecato alla comunità con il reato, fatto reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa.

citata, “meritata” dall’autore⁶⁰ - a ben vedere, non mancano casi in cui una parziale riparazione dell’offesa, intesa, di norma, come l’insieme delle conseguenze del reato rilevanti sul piano criminale, e generalmente non solo del danno civile, è ipotizzabile ed è stata considerata dal legislatore come produttiva di effetti estremamente favorevoli per l’autore del reato, fino all’esclusione della pena, proprio nell’ambito dell’ordinamento italiano, nella parte speciale del codice o nelle leggi complementari.⁶¹ Anche sotto questo profilo l’immagine offerta dal modello della parte generale è solo parziale, “se non ingannevole”.⁶²

Giunta, ad esempio, ha individuato tre diverse linee di sviluppo di una progressiva valorizzazione in tal senso delle condotte riparatorie. Egli ha distinto una forma di riparazione come “condotta antagonistica finalizzata a scongiurare la lesione del bene giuridico o a reintegrarlo dopo l’avvenuta offesa”, coerente con la logica della prevenzione generale, una forma di condotta riparatoria funzionale al perseguimento di istanze di specialprevenzione ed infine una condotta fortemente incentivata per rispondere ad istanze di deflazione processuale, profilo che ci occuperà tuttavia solo più avanti.⁶³ Potendosi cogliere una stretta connessione tra tale approccio ed alcune considerazioni sopra svolte sul fine della pena, nell’ottica della prevenzione generale, l’Autore ritiene che la riparazione perseguirebbe proprio la salvaguardia del bene tutelato ed incontrerebbe, almeno parzialmente, un già riconosciuto terreno di elezione in alcuni reati che, per la natura dei beni tutelati, ammettono una reintegrazione in forma specifica dell’offesa, come quelli che offendono beni di natura patrimoniale (art. 641 c. 2 c.p., fin dal disegno originario del codice penale),⁶⁴ o nelle ipotesi in cui la condotta *post factum* accede a reati di

⁶⁰ H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 304, afferma che il risarcimento del danno, inserito nel diritto penale, conserva il proprio carattere civilistico, ma l’autore ha la possibilità di “meritare, attraverso il risarcimento del danno, conseguenze giuridiche penali meno gravi”.

⁶¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 291, ricorda la prima ipotesi riparativa prescritta in una codificazione “italiana”. L’art. 459, par. 3, del Codice criminale per gli Stati Estensi del 1855, riguardo al delitto di ingiuria, disponeva che il giudice potesse dichiarare l’autore tenuto ad una scusa verso la persona offesa o, in caso di rifiuto, al pagamento di una somma. La vita della norma, però, fu brevissima, perché il Codice Sardo del 1859 sostituì, abolendolo, il Codice Estense.

⁶² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 897.

⁶³ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 345.

⁶⁴ Come meglio evidenzieremo più avanti, è necessario ricordare, quanto all’esempio formulato (art. 641 c.p.), che non vi è certezza, in dottrina, sulla qualificazione dell’adempimento tardivo dell’obbligazione, come causa di estinzione del reato o causa di non punibilità (l’inquadramento come

pericolo astratto e quindi, se si considera il bene finale, non si può parlare di un'offesa consolidata;⁶⁵ nel rapporto con le istanze specialpreventive, invece, la riparazione assumerebbe valore soprattutto in seguito alla condanna, ai fini del giudizio di meritevolezza soggettiva del beneficio, come nel caso della sospensione condizionale della pena.⁶⁶

Nel contesto del presente studio, oltre alla questione assai importante della valorizzazione del momento riconciliativo o mediativo in senso stretto (secondo una concezione della giustizia riparativa orientata all'incontro), la prospettiva dalla quale

condizione obiettiva di punibilità (intrinseca) o, invece, elemento costitutivo del fatto, cui sembra riferirsi D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 502 ss., attiene all'inadempimento). Al di là delle peculiarità del reato citato, è opportuno precisare, in linea generale, con M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919, che nel sistema del codice del '30 il danno si può risarcire anche integralmente, ma ciò non è considerato sufficiente per eliminare l'offesa, neppure nei reati a contenuto patrimoniale, in quanto c'è un disvalore di azione che non si può elidere. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 185 s. (riprendendo quanto già ricordato di Antolisei) afferma che i reati lesivi del patrimonio, a causa della loro struttura, implicano una coincidenza tra il contenuto dell'offesa e quello del danno, nel senso che il danno civile rappresenta un elemento costitutivo del reato. Tuttavia, almeno concettualmente, i profili dell'offesa e del danno vanno tenuti distinti. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 365, analizzando la categoria delle cause sopravvenute di non punibilità, quali la ritrattazione (art. 376 c.p.) o la cattura dell'evaso rispetto all'evasione procurata per colpa (art. 387 c.p.), parla, in termini non troppo distanti, di "condotta antagonistica del reo rispetto all'offesa incriminata".

⁶⁵ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 346 s. Egli ravvisa in queste ipotesi - citando, come esempio, l'omissione di bonifica dei siti in materia ambientale (oggi art. 257 d.lgs. 152/2006), che, ove eseguita, rappresenta una causa di esenzione da pena per gli illeciti che hanno dato vita alla situazione di pericolo per l'ambiente e, invece, ove omessa, concorre come reato con i singoli illeciti di inquinamento, ed il reato di "illegale ripartizione degli utili" (art. 2627 c.c.), in caso di restituzione degli utili o di restituzione delle riserve, prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio, in cui il bene giuridico intermedio di natura istituzionale è rappresentato dall'integrità del capitale sociale, mentre il bene finale è costituito dagli interessi dei terzi creditori - un trattamento simile a quello della desistenza, "nell'implicita premessa che il fatto descritto nel divieto infranto corrisponde di fatto a un tentativo incompiuto nei confronti dei beni giuridici finali che fondano la tutela penale, anche se non affiorano a livello di tipicità". I casi di estinzione del reato delineati dagli artt. 2629 e 2633 c.c. (operazioni in pregiudizio dei creditori ed indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori) e dall'art. 341-bis c.p. (oltraggio), sono invece addirittura, in via eccezionale, collegati al semplice risarcimento del danno, comprensibilmente per la prima ipotesi, ma meno per la seconda. Cfr. tuttavia, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919 ss., il quale offre un quadro molto approfondito delle singole ipotesi di ravvedimento contemplate dal nostro ordinamento, citando - per quanto riguarda i casi di neutralizzazione dell'offesa oggettiva - anche la ritrattazione (art. 376 c.p.). Egli ricomprende nell'analisi l'istituto estremamente interessante dell'oblazione, che tuttavia supera i confini del presente studio, in quanto considera la riparazione solo marginalmente e comunque appare poco coerente con le istanze della *restorative justice*, in una prospettiva relazionale.

⁶⁶ Tale profilo è meno rilevante per lo studio che stiamo conducendo, volto a riflettere sulla rinuncia alla pena, più che sui mezzi per sostituirla, sospenderla od attenuarla, una volta irrogata. Anche per tale ragione, congiunta all'ancora più significativa esclusione della praticabilità di una giustizia propriamente relazionale in tale contesto, la disciplina dettata dal d.lgs. 231/2000, che si "limita" ad escludere le sanzioni interdittive (art. 17) e ad attenuare quelle pecuniarie in ipotesi di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e risarcimento integrale dei danni da parte della persona giuridica, non verrà approfondita, anche se merita di essere citata, come espressiva di una importante tendenza di sviluppo.

si intende guardare allo specifico tema della componente riparativa nell'ambito del diritto penale, entro i confini che si dovranno adeguatamente vagliare e tracciare, attiene proprio alla possibilità di rinunciare alla pena in presenza di condotte spontaneamente riparatorie, nel contesto di una giustizia relazionale. L'esperienza del giudice di pace italiano, che per un gruppo delimitato di reati già conosce un istituto (art. 35 d.lgs. 274/2000) almeno parzialmente coerente con tale approccio – includendo sia l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato (offesa) che le restituzioni ed il risarcimento (danno) quali condizioni congiunte del beneficio⁶⁷ – appare a tale scopo estremamente importante e ad essa sarà dedicata, in seguito, una parte specifica del presente lavoro.

1.2.2 La riparazione e la pena

Un'ulteriore incursione nelle riflessioni di una certa dottrina penalistica, che non può dirsi espressamente sostenitrice della *restorative justice*, ma presenta, nei risultati raggiunti, alcuni profili di affinità con le espressioni meno estreme di tale approccio, può essere utile. Secondo alcuni autori, infatti, alla riparazione non è estraneo “il carattere di sanzione” ed essa, non intaccando in generale la pretesa punitiva dello Stato, può fungere senza ostacoli insuperabili da equivalente funzionale della pena - dalla quale si può in concreto prescindere⁶⁸ - quando ne assicura le medesime finalità soprattutto sul piano della prevenzione generale e di quella speciale oppure, secondo una meno diffusa, già illustrata, concezione,⁶⁹ si riconosce la riparazione tra le finalità della sanzione penale stessa.⁷⁰

In una lettura non distante, è stato rilevato come la riparazione del danno possa esprimere “un legame tra la componente reintegrativa del bene pregiudicato dall'azione criminosa, e le finalità specialpreventive della sanzione penale” e pertanto è stata valorizzata in alcuni ordinamenti come causa di non punibilità nel

⁶⁷ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

⁶⁸ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 21. H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 283 ss. analizza criticamente tale prospettiva.

⁶⁹ Vedi, *supra*, paragrafo 2.2.

⁷⁰ Critico, sul punto, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152, afferma tuttavia ancora che non è del tutto chiaro come la riparazione si atteggi in rapporto agli scopi tradizionali della pena in senso stretto.

segno di un diritto penale che non sia solo ritorsivo.⁷¹

Più in particolare, è utile evidenziare come una parte significativa della dottrina tedesca sia giunta, nel corso della seconda metà del secolo scorso, ad enfatizzare il significato della riparazione nell'ambito del sistema penale, fino a concepirla, in prospettiva di riforma, come un peculiare "terzo binario" sanzionatorio ("*dritte Spur*") accanto alla pena ed alla misura di sicurezza.⁷² E ciò, come detto, senza dover ripensare alle funzioni della pena, ben potendo, in questa prospettiva, assolvere la medesima sia a scopi generalpreventivi in senso positivo (contribuendo, la condotta riparatoria ed il superamento del conflitto tra reo e vittima, all'integrazione sociale ed al ripristino della fiducia nell'ordinamento, appagando contestualmente il desiderio di giustizia della collettività),⁷³ che rieducativi (ponendo l'autore del reato a contatto diretto con le conseguenze del fatto e con le sofferenze della vittima e superando i limiti intrinseci all'ideologia del trattamento).⁷⁴

Questo gruppo di professori tedeschi (provenienti dalla Germania, dall'Austria e dalla Svizzera) elaborò nel 1992 un significativo progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*),⁷⁵ caratterizzato dal fatto che la condotta riparatoria, valorizzata come

⁷¹ A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 988 s.

⁷² W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 229, ritiene che parlare di "terzo binario" sia esagerato e precipitoso, perchè esso non può operare dove non vi è una vittima in senso stretto e comunque non si può prevedere se in futuro l'istituto della riparazione si affermerà davvero in modo durevole. Condivisibilmente, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 328, 435 ss., precisa che se la *Wiedergutmachung* è prospettata teoricamente come terzo binario, in realtà – contraddittoriamente – essa realizza una forma di *absehen von Strafe* (cfr. *infra* AE-WGM) e ricorda come la maggior parte della critica tedesca alla *Wiedergutmachung* come terzo binario ne neghi l'autonomia nel contesto sanzionatorio.

⁷³ Come rileva T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., 408, pur fuori da questa proposta teorica, sul piano dell'orientamento culturale, è forse più significativa la reintegrazione dell'offesa, alla quale segue una non punibilità, rispetto alla condanna, in quanto la legge prende atto che la minaccia edittale ha, seppur tardivamente, raggiunto il proprio scopo originario, rendendo inutile la sanzione.

⁷⁴ Molto chiaramente, sul punto, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 ss.; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 10 ss.; Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 371 ss. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 894, parla a riguardo di una "speranza dei tempi moderni".

⁷⁵ Cfr., ampiamente: AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, Verlag C.H. Beck, 1992, 1 ss. (il § 1 definisce la *Wiedergutmachung* come "compensazione delle conseguenze del fatto attraverso volontarie prestazioni da parte dell'autore, finalizzate al ripristino della *pace giuridica*"; il § 2, in particolare, elenca le prestazioni che anche congiuntamente possono integrare la riparazione e consistono nel risarcimento per equivalente (a beneficio della vittima o di terzi che vantano un credito nei confronti di quest'ultima) o in prestazioni simboliche come elargizioni a favore di istituzioni di pubblica utilità, doni al *Verletzer*, scuse, dialogo in un percorso di

strumento di restaurazione della “pace giuridica” e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena (*absehen von Strafe*, § 4 *AE-WGM*), oltre che di mera attenuazione (§ 5 *AE-WGM*), in ipotesi di reati non tassativamente elencati, ma la cui pena detentiva da irrogare in concreto non fosse superiore all’anno,⁷⁶ sempre che non sussistessero esigenze specialpreventive e generalpreventive contrarie (“sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull’autore o sulla collettività”).⁷⁷ Tale proposta, come vedremo, venne recepita solo parzialmente dal legislatore tedesco, con la riforma del 1994, ma suscitò un dibattito scientifico molto vivace che superò i confini di quell’ordinamento.⁷⁸

E’ necessario effettuare una precisazione. Nella prospettiva già delineata di una valorizzazione degli strumenti della giustizia riparativa che consentano di favorire una definizione alternativa dei conflitti penali, la nozione di riparazione considerata non è una semplice “sanzione civile”,⁷⁹ ma ha i caratteri di una condotta positiva, una prestazione volontaria, che ha il significato di un’assunzione di responsabilità (anche se non dichiaratamente penale) da parte dell’offensore con

ricomposizione del conflitto, prestazioni di lavoro, in particolar modo di pubblica utilità. La riparazione intesa come equivalente monetario del pregiudizio è solo una delle vie percorribili; qualora essa sia parziale, viene comunque considerata sufficiente (anche per una rinuncia alla pena) se accompagnata da prestazioni supplementari, nei casi di particolari condizioni economiche e personali e di colpevolezza di lieve entità: §3). Si deve evidenziare che la possibilità di cumulare le prestazioni mira ad assicurare l’uguaglianza sostanziale dei cittadini davanti alla legge, anche minando le sicurezze dell’autore economicamente agiato che si illuda di compensare le conseguenze del fatto attraverso la mera corresponsione di somme di denaro.

⁷⁶ Come rileva D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, l’istituto è considerato suscettibile di applicazione anche a fronte di delitti che offendono la collettività, quando, nei casi concreti, si instaura una relazione tra autore e vittima (diversa dalla persona offesa), che legittima l’istituto. A pag. 383, l’Autrice rileva che con oltre il 97% delle condanne si infliggono pene detentive di durata non superiore ad un anno.

⁷⁷ Come rilevava C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 23, non è ancora possibile, per i reati più gravi, ristabilire la pace giuridica con la sola riparazione. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 11 (e 281 ss.), afferma che il concetto di “danno sociale” (da lei collegato alla “pace giuridica”) parrebbe essere evocato nelle pagine che accompagnano la presentazione del progetto e proprio attraverso di esso si tenta di risolvere il problema della identificazione del bene giuridico protetto dalla norma violata e della differenziazione tra offesa e danno. Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 147 ss.; come precisa l’Autore, la riparazione veniva valorizzata nel progetto per sostituire la pena, per sospenderla, per attenuarla e come presupposto per la liberazione condizionale.

⁷⁸ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 279 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 990 ss.

⁷⁹ Per questo, quindi, non si può condividere l’affermazione di H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 286, per cui ciò che si deve sanzionare solo civilmente non ha più nulla a che vedere con il diritto penale e processuale penale.

riferimento alle molteplici conseguenze negative del proprio comportamento, e si colloca in una fase antecedente alla condanna.⁸⁰

Lo stesso vale per la dottrina tedesca citata, e per il Progetto elaborato (§1 AE-WGM, “*Freiwilligkeitprinzip*”), con una particolare accentuazione del profilo relativo alla responsabilità, che viene volontariamente ed autonomamente assunta.⁸¹

La condotta deve comunque avere un carattere “spontaneo”, proprio perché esprime il riavvicinamento del reo alla vittima, anche se tale spontaneità deve essere letta in termini di pura volontarietà (“quando il soggetto si determina indipendentemente dalla esistenza di circostanze particolari”)⁸², che tecnicamente “non implica l’apprrezzamento del processo motivazionale che ha deciso l’atteggiamento del colpevole”.⁸³ Come la dottrina ha quindi rilevato, tale comportamento positivo successivo alla consumazione del reato – anche se il danno o il pericolo in cui si è concretata l’offesa non è sempre materialmente eliminabile – può presentare alcune affinità con la figura della desistenza volontaria o del pentimento operoso, almeno sul piano delle finalità della pena, in prospettiva funzionale alla tutela dei beni giuridici. La contro-azione incoraggiata si inserisce coerentemente in una prospettiva di tutela, sia pur tardiva, dei beni e merita un trattamento favorevole, in adesione alla teoria del “ponte d’oro”.⁸⁴

1.2.3 Risarcimento del danno e punizione

In una prospettiva ancora più ampia, dischiusa inevitabilmente da tali

⁸⁰ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 334 s., spiega così la proposta (§ 12 AE-WGM) di abrogazione del § 153a, c. 1, parte 1, nn. 1 e 3 StPO, secondo cui, ai fini della rinuncia all’esercizio dell’azione penale, si prende in considerazione l’imposizione della riparazione dei danni conseguenti al fatto. Qui, infatti, l’applicazione della riparazione discende da una decisione unilaterale della Procura e non da una volontaria assunzione di responsabilità.

⁸¹ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 149, 231 s.; A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 597.

⁸² D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 336; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 409.

⁸³ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, cit., vol. I, tomo II, 1469. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 919: l’ordinamento va a sindacare “le vere motivazioni solo nei limiti in cui la condotta appaia troppo condizionata da fattori esterni che la rendano quasi inevitabile”. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. I, 610 s., parlando di desistenza e recesso, afferma che non vi è volontarietà ove siano presenti condizioni esterne che costringono il soggetto a desistere o recedere (impossibilità di ragionevole prosecuzione).

⁸⁴ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, cit., 1459 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 490. Abbiamo già rilevato, sulla scorta delle riflessioni condotte da alcuni Autori, i problemi di coordinamento con la disciplina del tentativo, che può porre il riconoscimento della non punibilità in ipotesi di riparazione.

riflessioni, nel panorama di una certa dottrina penalistica e più in profondità di quella civilistica, non si possono che trovare conferme – seppur spesso in chiave critica, per quanto riguarda l’esperienza italiana, sulla scorta di una giurisprudenza consolidata in tema di responsabilità civile⁸⁵ – circa la possibile valenza punitiva, anche del solo istituto del risarcimento del danno non patrimoniale.⁸⁶ Questo non può essere realmente commisurato ad un pregiudizio economico e determinato con agilità in

⁸⁵ Recentemente, basti considerare la sentenza della Cassazione, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Dir. economia assicur.*, 2008, 2-3, 471, che ha affermato come nell’ordinamento italiano alla responsabilità civile sia assegnato “il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l’attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l’idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta.” Ha quindi escluso la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell’obbligato e ritenuto del tutto incompatibile con il nostro ordinamento l’istituto dei danni punitivi (Nella specie, era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell’istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale; la sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco ed aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell’istituto dei danni punitivi (“punitive damages”) e, come tali, incompatibili con il nostro ordine pubblico). Vedi su questi temi, E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 03, 500 ss., la quale, ad esempio, riconosciuta invece una prevalente funzione solidaristico-satisfattiva del danno non patrimoniale nell’ordinamento italiano, si sofferma sugli spazi di una funzione più prettamente punitiva, che abbia riflessi solo sul *quantum*, valorizzando la gravità soggettiva dell’illecito o addirittura le condizioni economiche del danneggiante - quando quest’ultimo, consapevole delle proprie possibilità economiche abbia agito senza alcuna remora nei confronti della vittima e si possa inferire una maggiore rabbia e sofferenza da parte del danneggiato - ma escludendo del tutto fattori che fuoriescono dal danno oggetto di stima, come la capacità della condotta illecita di produrre un profitto che non viene neutralizzato dal risarcimento. Per un panorama della recente giurisprudenza italiana sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale cfr. G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 188 ss. e D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”*, cit., 30 ss. Cfr. altresì le riflessioni di M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, cit., 866 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 854 s., nonché, approfonditamente, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 272 ss., che parla espressamente di riparazione del danno non patrimoniale come pena privata (che condivide con la pena vera e propria lo scopo retributivo e preventivo).

⁸⁶ Le Sezioni Unite Civili, con la nota sentenza n. 26972 dell’11 novembre 2008 (in *Giust. civ.*, 2009, 913), confermata anche successivamente per tali profili (Cassazione, 16 febbraio 2009, n. 3677, sez. Unite, in *Giust. civ.*, 2010, 1467), hanno infatti recentemente affermato che la categoria del danno non patrimoniale è ampia e generale, non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Esso deve liquidarsi con valutazione unitaria e omnicomprensiva di tutte le conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto illecito, ma senza duplicazioni, e, segnatamente, senza attribuire nomi diversi a pregiudizi identici *in rerum natura*. E’ comunque indispensabile considerare che anche in tale pronuncia si riconosce la necessità di operare una personalizzazione del danno non patrimoniale, senza offrire dei precisi criteri di riferimento. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 87 parlava di natura punitiva (non criminale) dell’obbligo di risarcimento del danno morale. Una forma particolare di risarcimento del danno non patrimoniale è la pubblicazione della sentenza di condanna ex art. 186 c.p.

termini monetari,⁸⁷ ma viene spesso più o meno dichiaratamente liquidato sulla base di criteri che, pur valorizzati in ambito nazionale dal lato delle sofferenze subite dal soggetto leso, ricomprendono anche quello tipicamente penalistico della gravità dell'offesa,⁸⁸ tenendo conto del grado di colpevolezza dell'autore.⁸⁹ Bricola, ad esempio, in uno studio molto noto ha parlato espressamente di una sorta di “bipolarità, forse mai sopita, della responsabilità civile”, nel cui ambito non si colgono solo i profili riparatori, ma può esservi spazio per tecniche sanzionatorie aventi funzione di prevenzione e di repressione-punizione, utili per una strategia di tutela ampia e differenziata, che escluda quella penale, in tutte le ipotesi in cui quella civilistica, rispettosa di alcune fondamentali garanzie quali il principio di legalità ma maggiormente duttile nelle forme, appaia già di per sé adeguata ed efficiente.⁹⁰

⁸⁷ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 208 ss. evidenziando come si ritenga addirittura preferibile il termine “riparazione” del danno non patrimoniale.

⁸⁸ Come rileva T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 379, un'ipotesi di risarcimento modellata sulla pena privata è quella della riparazione pecuniaria prevista dall'art. 12 della legge 47/1948, secondo cui “nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato.” La riparazione non influisce tuttavia sull'applicazione della pena. Sul punto cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 167 ss., anche per le riflessioni svolte in ordine all'essenza giuridica dell'istituto.

⁸⁹ Come illustra D. CHINDEMI, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 01, 198 ss., la liquidazione del danno non patrimoniale è necessariamente caratterizzata dalla equità, non sussistendo criteri automatici di liquidazione del relativo pregiudizio, ad eccezione dell'ipotesi, anche se non assoluta, del danno biologico da micropermanente nel codice delle assicurazioni (art. 139 cod. ass.). Già F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 160, affermava che il giudice terrà sempre conto, nella liquidazione del danno, del grado della colpa dell'autore e delle sue condizioni economiche. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 300 e di 390 ss., parla di gravità del reato e di situazione di fortuna del danneggiante. Cfr., altresì, A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 991 ss.; ID., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 592; M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1000; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 54. Già E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1902), cit., 129, evidenziava che “si potrebbe parlare di pena solo se vi fosse una certa proporzione tra il castigo e la colpa”. Seppur comprensibile per l'aspirazione ad una maggior scientificità del diritto penale, non si ritiene di condividere l'affermazione di M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 898 s., quando definisce la sanzione civile quasi come “matematica” e “prevedibile”, di regola svincolata dal dolo e dalla colpa.

⁹⁰ F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell'ottica del penalista*, cit., 1 ss. si soffermava attentamente sulle attitudini sanzionatorie del risarcimento del danno, in particolare non patrimoniale, in quanto difficilmente traducibile in un equivalente economico. L'Autore ricordava quindi, da un altro punto di vista, i danni punitivi o esemplari nell'ambito del diritto civile, quali strumenti di tutela di grande interesse per il penalista. Tale sorta di “eticizzazione” della responsabilità civile si verificava, secondo l'Autore, proprio nel momento in cui il discorso sulle funzioni della pena tendeva a smorzarsi. A conferma delle indubbie finalità di tipo sanzionatorio-punitivo alle quali può assolvere anche il risarcimento del danno, basti considerare il frequente ricorso in sede civile, in particolare nell'ambito degli ordinamenti anglosassoni, ai cd. *punitive damages*, che tuttavia rappresentano normalmente una voce di danni autonoma, diversa da quella relativa ai danni non patrimoniali, la cui

Se, quindi, come abbiamo anticipato, parlando di riparazione nel quadro della giustizia penale, si opera correttamente una netta separazione tra questa ed il mero risarcimento del danno,⁹¹ e questa distinzione è riproposta nell'ambito del presente lavoro, è anche vero che non si può del tutto sottovalutare la capacità del secondo – a determinate condizioni e di certo non per tutti i reati⁹² – di contribuire a conseguire efficaci risultati sia sul piano della soddisfazione della vittima che della punizione del colpevole, soprattutto in una prospettiva preventiva in senso positivo (rinsaldamento del “rapporto d'integrazione del cittadino nel contesto sociale” e risocializzazione).⁹³

Come ha rilevato la dottrina, se ci si riferisce a reati non particolarmente gravi – ma che comunque non meritano di essere depenalizzati – l'interesse alla reintegrazione nell'opinione pubblica porta a ritenere addirittura sussidiaria la reazione punitiva statale, rispetto alla realizzazione di prestazioni risarcitorie.⁹⁴ Il bisogno di vendetta della vittima si risolve nel desiderio di una riparazione materiale e la persona offesa è spesso disposta a riconciliarsi quando l'imputato riconosce il

commisurazione si effettua con riferimento ai parametri della gravità dell'offesa, dell'intensità dell'elemento psichico o della capacità patrimoniale dell'obbligato, ma la cui liquidazione è nei fatti spesso sproporzionata, in violazione di ogni garanzia. Cfr. A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 383; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 179 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, 2002, 386 s.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 294 s.

⁹¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 7, definisce la pena come “sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio”.

⁹² A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 390, indica come sede privilegiata quella legata alla piccola e media criminalità contro il patrimonio.

⁹³ A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 599.

⁹⁴ C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1230 s.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 18 s.; ID., *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 12; M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, cit., 873; G. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Indice pen.*, 1990, 323; M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1006; ID., *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, cit., 27; C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 531 e A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 989, si riferiscono in tal senso ad alcune indagini empiriche, richiamando soprattutto gli studi di D. FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 354, coglie tale profilo nelle lesioni colpose in ambito medico e stradale. La stessa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 21, molto critica in tema di riparazione, riconosce tuttavia che il risarcimento si trasforma spesso in strumento idoneo laddove si intendano ripristinare gli equilibri tra autore e vittima del reato commesso.

danno causato e risarcisce.⁹⁵ Il preteso “pragmatismo” di una “riparazione” di questa natura, quindi, non deve essere indiscutibilmente contrapposto agli “elevati ideali etici del diritto penale”, soprattutto quando consente di ricomporre efficacemente il conflitto insorto.⁹⁶

L’auspicabile preoccupazione del penalista e, anche in forza delle considerazioni di quest’ultimo, del legislatore, chiamati a delineare attentamente i presupposti di un’eventuale rinuncia alla pena, dovrebbe essere rivolta piuttosto alla ricerca di contemperamenti o correttivi, che tengano conto dei principi costituzionali e dei profili negativi della prevenzione. Da un lato, è necessario evitare, così, in maniera ferma che – anche solo per alcuni reati – si possa sistematicamente ricorrere ad una monetizzazione della responsabilità penale, consentendo addirittura all’autore di reato, dotato di sufficienti mezzi economici, di calcolare in anticipo l’entità della somma che gli assicurerebbe un’esonazione dalla pena tradizionale e, dall’altro, è necessario evitare che chi è privo di sostanze sia costantemente escluso dalla possibilità di ottenere un trattamento più favorevole, accedendo ad alcuni istituti. Allo stesso tempo, è necessario impedire che il diritto penale venga asservito a finalità meramente economiche della persona offesa.

Il bilanciamento tra le diverse esigenze – come avremo modo di rilevare analizzando soprattutto la disciplina italiana – non è tuttavia sempre privo di difficoltà.

2. *Forme e pratiche della giustizia riparativa*

Le forme e/o le pratiche riconducibili alla giustizia riparativa sono veramente molteplici e non sempre possono essere tratteggiate con precisione, anche in conseguenza della notevole ampiezza e varietà delle definizioni proposte. A testimonianza di ciò basti evidenziare come anche in dottrina si avvicinino molto

⁹⁵ D. KRAUSS, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 291; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 232.

⁹⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 137, nel proporre questa lettura denuncia un errore diffuso: quello di presupporre “che il diritto penale debba inculcare ideali etici, invece che impegnarsi ad aiutare a porre le basi della convivenza”.

strettamente la riparazione alla mediazione (“riparazione-mediazione, come entità congiunte da un “trattino”),⁹⁷ che pur costituiscono concetti distinti e definiti, perché ciò corrisponde ad un uso diffuso: essi presentano molte connessioni e comunque un unico sfondo ideale, aprendo una nuova via nelle risposte al crimine, alternativa alla pena tradizionale e capace di restituire la voce alla vittima del reato.

Se, per quanto riguarda in particolare il sistema italiano – ma anche qualche esperienza straniera, come quella tedesca – avremo modo di cogliere la vitalità di tale endiadi e di riprendere le considerazioni svolte sul significato della riparazione valorizzando le condotte che possono essere qualificate come “esiti riparativi”, è necessario dedicare qualche breve cenno alle pratiche più significative, che vengono costantemente celebrate dai sostenitori della *restorative justice* e che possono essere ricondotte alla categoria dei “processi riparativi”, così come delineata dalle Nazioni Unite. All’interno di questa, la mediazione penale svolge sicuramente un ruolo primario per la sua ampia diffusione nel contesto europeo.

Tali pratiche, come è stato affermato, condividono l’esigenza di un confronto autenticamente dialogico tra le parti e sono caratterizzate da “elementi di unicità rispetto alle forme storiche nelle quali il processo si è tradizionalmente manifestato”.⁹⁸

2.1 Un quadro generale dei principali processi riparativi

Nonostante l’*International Scientific and Professional Advisory Council (ISPAC)* delle Nazioni Unite abbia elaborato un’indagine approfondita dei programmi di giustizia riparativa in seno ai lavori preparatori del Decimo Congresso in tema di “Prevenzione dei reati e trattamento dei rei” svoltosi a Vienna, nell’aprile del 2000, giungendo ad elencare ben 13 diversi strumenti (tra i quali rientrano, ad essere precisi, anche alcuni semplici esiti, come le “scuse formali”),⁹⁹ nell’economia

⁹⁷ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

⁹⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 138.

⁹⁹ Tale ricognizione è consultabile all’indirizzo: http://www.restorativejustice.org.uk/resource/united_nations_basic_principles_on_the_use_of_restorative_justice_in_penal_matters/. Per una riflessione sul punto cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 147 ss. e G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 127 ss.

del presente studio possiamo limitarci a ricordare i tre principali processi, indicati dalla citata Risoluzione delle Nazioni Unite del 2002 e, più di recente, dalla Direttiva 2012/29/UE (46° considerando), nonché qualificati costantemente come riparativi da una dottrina sostanzialmente unanime: la mediazione, il *conferencing* ed i *circles*.¹⁰⁰

A voler essere precisi, McCold e Wachtel – che propongono una singolare classificazione degli strumenti riparativi, fondata sui destinatari di questi – ritengono che la mediazione si differenzerebbe dal secondo e dal terzo processo citato, che soli potrebbero considerarsi “completamente riparativi”, perché includono anche la comunità tra i destinatari dell’intervento, insieme al reo ed alla vittima, ma si tratta di una dottrina assolutamente minoritaria.¹⁰¹

Nonostante questa peculiare lettura, quindi, la mediazione penale, che può essere ricondotta alla categoria dei “programmi di riconciliazione autore-vittima”¹⁰² ed è normalmente caratterizzata dall’incontro tra le due parti, rappresenta senza dubbio lo strumento più conosciuto e diffuso anche per la sua estrema duttilità e possibilità di essere attivato in diverse fasi procedurali. Ad esso verrà dedicato uno specifico approfondimento, per la maggior importanza che riveste nelle riflessioni che avremo modo di svolgere.

Il *conferencing* ed il *circle*, invece, sono molto meno familiari al giurista

¹⁰⁰ Cfr. AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004, 26 ss.; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, cit., 59 ss.; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, Helsinki, European Inst. for Crime Prevention and Control, 2007, 29 ss.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 76 ss.; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 1 ss.; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 30 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 134 ss.; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 58 ss.; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2007, 73 ss.; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, cit., 293 ss. M. M. WILLIAMS-HAYES, *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, Ann Arbor, Mich., Univ. Microfilms Intern., 2002, 9 ss., si sofferma solo su mediazione e *conferencing*. E’ bene precisare fin d’ora che la Risoluzione cita anche la semplice “conciliazione”, come possibile processo riparativo, nei casi in cui essa presupponga però un coinvolgimento attivo delle parti (un tanto è imposto dalla definizione generale). Su di essa, quindi, dalla fisionomia meno definita, non ci soffermiamo in questa sede, visto che le condizioni richieste non sempre sussistono nella pratica, e che la dottrina normalmente la esclude dalle procedure strettamente riparative. Torneremo tuttavia sulla questione parlando della disciplina italiana del giudice di pace, che presenta una pur problematica forma di conciliazione riconducibile, in qualche misura, al modello.

¹⁰¹ P. MCCOLD, T. WACHTEL, *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice* (2003), in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=424>; la mediazione costituirebbe un approccio solo “principalmente riparativo”.

¹⁰² R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 77.

europeo, essendo sperimentati soprattutto oltreoceano.

Il *conferencing* o, più precisamente, *Community* o *Family Group Conferencing* (“dialogo esteso ai gruppi parentali”)¹⁰³ è una sorta di mediazione allargata, in cui non solo il reo e la vittima, con i rispettivi avvocati, ma soprattutto i familiari e gli amici delle parti e, in alcuni casi, rappresentanti istituzionali delle comunità di appartenenza (insegnanti o membri di un’associazione alla quale essi appartengono) o, a volte, agenti di polizia, quando tale strumento viene da loro utilizzato come alternativa all’arresto,¹⁰⁴ decidono collettivamente come gestire la soluzione del conflitto. La presenza di un terzo (*facilitator*) facilita lo svolgimento degli incontri, essendo egli chiamato a stabilire l’ordine dei colloqui ed a dirigere la discussione sul fatto di reato e sulle modalità di riparazione. L’accordo riparatorio, per assumere validità, deve ricevere il consenso di tutti i partecipanti ed il facilitatore è chiamato ad un ruolo attivo, nella ricerca creativa di soluzioni che possano comporre le diverse posizioni di tutti i soggetti coinvolti.

L’ammissione di colpevolezza da parte del reo costituisce un presupposto fondamentale per l’attivazione, anche perché vittima e reo vengono trattati in modo molto diverso nel corso della procedura.¹⁰⁵

Questo modello è nato in Nuova Zelanda ed è utilizzato, soprattutto in questo contesto, nell’ambito della giustizia minorile.¹⁰⁶ Le ragioni di tale radicamento si possono cogliere nell’influenza esercitata dalla cultura delle comunità Maori, per le quali la famiglia riveste un ruolo di singolare importanza, capace di favorire la

¹⁰³ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 148. I nomi utilizzati sono comunque molti: M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 80.

¹⁰⁴ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 34.

¹⁰⁵ M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 83; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit. 33. La descrizione dei caratteri fondamentali dei diversi processi è tratta principalmente, ma non soltanto, dalla già citata ricognizione che è stata operata dall’ISPAC.

¹⁰⁶ G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, cit., 60. In AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 28, e M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 80, si fa cenno anche ad alcune esperienze in Gran Bretagna, in R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 78, ad esperienze in Belgio, mentre il medesimo autore, A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 62 e L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 297, citano esempi australiani, come quello della città di Wagga Wagga. I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, n. 9, 292, infine, citano gli esempi australiani, canadesi, statunitensi nonché della Gran Bretagna.

responsabilizzazione dell'offensore.¹⁰⁷ Si stanno comunque diffondendo nuove esperienze anche per i reati commessi dagli adulti, con possibilità di condurre il *conferencing* in assenza della vittima o in presenza di una vittima “virtuale”, che abbia magari subito un reato simile o appartenga alla medesima comunità, al fine primario di promuovere la responsabilizzazione del reo con il supporto della sua famiglia.¹⁰⁸

Il *circle*, invece, o, ancora una volta per maggior precisione, *Sentencing/Peacemaking Circle* (“consigli commisurativi”),¹⁰⁹ diffuso in Nordamerica ma sostanzialmente sconosciuto in Europa, è caratterizzato da una forma di “*partnership*” tra la comunità di appartenenza ed il sistema di giustizia formale, di norma, per la determinazione della sanzione a contenuto riparativo da infliggere al reo (sentenza concordata), tenendo conto delle necessità di tutte le parti.¹¹⁰ Tale processo è pensato soprattutto per i casi più gravi, già accertati o confessati, e si svolge in forma pubblica, con la presenza di molte persone: il reo, la vittima, i legali, le famiglie, tutti gli interessati della comunità, ma anche i giudici, il pubblico ministero, i funzionari dei servizi sociali.¹¹¹ Intorno ad un “cerchio”, ciascuno può esprimere le proprie opinioni ed esigenze nella ricerca condivisa di una piena comprensione del fatto e del contesto in cui esso è maturato, per individuare collettivamente sia un programma riparativo che abbia come beneficiarie tutte le parti interessate sia il modo per prevenire futuri reati. Tale strumento assume quindi un significato molto ampio, promuovendo una maggior integrazione tra sistema legale, istituzioni civili e comunità.¹¹²

Il cerchio rappresenta un elemento simbolico importante: i punti della

¹⁰⁷ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 78; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 34 ss. Cfr. anche T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit. 33.

¹⁰⁸ AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 19; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 154 s.

¹⁰⁹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 148.

¹¹⁰ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 34 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 79.

¹¹¹ La presenza del giudice e del pubblico ministero rappresenterebbe la differenza più significativa rispetto ai modelli citati sopra: AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 19.

¹¹² Cfr. AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 29; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 303; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, cit., 60 s.

circonferenza sono equidistanti rispetto al centro. Ciò vale a sottolineare che tutti i soggetti coinvolti si trovano nella medesima situazione, senza gerarchie, per ricercare una soluzione.¹¹³ La sanzione concordata deve comunque essere approvata dal giudice presente, che l'applicherà.¹¹⁴

2.2 In particolare: la mediazione penale

La mediazione penale (*victim-offender mediation*), quale modello consensuale di gestione dei conflitti, è indubbiamente la più diffusa e studiata forma di giustizia riparativa. Essa tende ad essere identificata, a volte, con la *restorative justice* stessa.¹¹⁵

Di fronte ad una certa confusione terminologica che si è riscontrata nella prassi, nel momento in cui tale pratica si è affermata anche in ambito europeo, l'attenzione degli studiosi si è rivolta alla ricerca di una sua compiuta definizione, che secondo la dottrina maggioritaria è stata ritrovata nel “processo, il più delle volte formale, attraverso il quale una terza persona neutrale tenta attraverso l'organizzazione di scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li contrappone”.¹¹⁶ Cogliamo anche nelle parole di Ceretti l'influenza di tale nozione,

¹¹³ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 39 s.

¹¹⁴ A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 64; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 84.

¹¹⁵ M.S. UMBREIT, R.B. COATES, B. VOS, *The Practice of Victim Offender Mediation: a Look at the Evidence*, in SHOHAM S.G., BECK O., KETT M. (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 692; L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 294; D. SPENCER, M. BROGAN, *Mediation Law and Practice*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006, 150; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 50; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 31; A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 58; M.S. UMBREIT, A. WARNER ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, cit., 63, la definiscono: “una delle più importanti espressioni della giustizia riparativa”. Come precisa G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in ID. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 6 ss., il termine “mediazione” va distinto dal termine “conciliazione”. Con quest'ultimo ci si riferisce, soprattutto nel diritto privato, ad un fenomeno che rinvia ad una vasta gamma di istituti: la conciliazione giudiziale, quale forma idealtipica di definizione della controversia all'interno del processo, e le varie forme di conciliazione esterna al processo, su base contrattuale, più o meno articolata (transazione ed arbitrato).

¹¹⁶ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros Alternatives, 1992, 16 s.; ID., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 36. Ripropongono tale definizione, tra gli altri, M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. Giust.*, 1992, n. 3-4, 770

quando si riferisce ad “un’attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire il motore, l’origine di un conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare soluzioni”, che, come egli precisa, hanno la forma di una “riparazione simbolica, prima ancora che materiale”.¹¹⁷

Più concentrata sugli effetti del conflitto e sulla riorganizzazione delle relazioni, ma per il resto non rivoluzionaria, è invece la definizione della mediazione come “processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto”. Essa, infatti, “non mira all’accertamento di un fatto”,¹¹⁸ ma “mira a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti”.¹¹⁹

La prospettiva temporale della mediazione è naturalmente del tutto diversa da quella propria del giudizio.

Foddai parla correttamente di una sospensione, in cui non ci sono termini o scadenze e le parti sono chiamate a collocare nel passato i fatti narrati, ricostruendo le coordinate del tempo. Esso è una “dimensione comune”, che lascia lo spazio in concreto alle possibilità future. La memoria assume “un significato prospettico”, dove si colloca la considerazione delle conseguenze delle decisioni e delle azioni, in vista di una decisione futura.¹²⁰

Allo stesso modo, anche la dimensione dello spazio è peculiare. Se, infatti, nel processo le parti sperimentano una distanza mediata dal diritto, nella mediazione questa viene annullata e le parti condividono uno spazio comune.¹²¹

ss.; G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 4. Cfr., altresì, per un inquadramento generale: F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 141.

¹¹⁷ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit. 91; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049, utilizza invece una formula molto ampia (“subprocedimento capace di incidere sull’esito giudiziario”), rilevando che all’interprete è preclusa la possibilità di addvenire ad una definizione realmente esaustiva.

¹¹⁸ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 344.

¹¹⁹ S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortin Ed., 1996, 5. Il profilo degli effetti e dei danni provocati dalla situazione conflittuale, come materia di mediazione, è valorizzato anche da A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit. 92.

¹²⁰ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, in ID. (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, cit., 71.

¹²¹ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 73.

Come è stato precisato, “la mediazione è un fenomeno plurale:”¹²² la varietà delle esperienze in materia dimostra che esistono diverse mediazioni.

Anche per quanto riguarda la materia penale,¹²³ se di norma la giustizia è orientata staticamente ad accertare i fatti di reato accaduti, a stabilire le responsabilità e ad irrogare pene, la mediazione rappresenta un processo dinamico, incentrato sull’incontro tra la vittima e l’autore del fatto (o apparentemente tali sul piano oggettivo, come vedremo), che si inserisce all’interno della situazione concreta, creatasi con il reato, per far emergere una verità “soggettiva” spesso complessa, che è ancora in corso ed i cui termini si definiscono progressivamente.

La definizione offerta dalla Raccomandazione No. R. (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, concernente la mediazione in materia penale, costituisce un punto di riferimento fondamentale, anche se presenta molti aspetti in comune con quanto descritto per la mediazione in generale: essa è un “procedimento che permette alla vittima ed al reo di partecipare attivamente, se lo consentono con libertà, alla soluzione dei problemi che il reato ha comportato, con l’aiuto di un terzo imparziale, il mediatore.”¹²⁴

Nell’ambito del giudizio, l’autorità decide se una parte è responsabile, mentre nella mediazione le parti si raccontano, uscendo almeno provvisoriamente dalla rigidità dei loro ruoli processuali, ma – e ciò rappresenta una peculiarità della mediazione penale, che si inserisce in un contesto particolare¹²⁵ – senza poter del

¹²² J.P. BONAFE' - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 48; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in ID. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 302. M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 109, parla della mediazione come di un “insieme assai eterogeneo di procedimenti diversi che hanno in comune solo la circostanza di vedere la partecipazione di un soggetto che funge da mediatore e di concludersi, quando l’esito è positivo, con un accordo stipulato dalle parti in conflitto”.

¹²³ Si parla infatti di “mediazioni”, condividenti tra loro solo la logica operativa di fondo, che si richiama alla caratteristica ternaria nella struttura e nei risultati: cfr., sul punto, G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, cit., 7 s.

¹²⁴ Tale Raccomandazione è reperibile sul sito istituzionale del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (<https://wcd.coe.int/>). La definizione, qui riprodotta in traduzione nostra, nella versione ufficiale è la seguente: “*process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)*”. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 359, offre una definizione più complessa: “la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (che può funzionare anche come fattore di stabilizzazione sociale) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire fra le parti lo spazio comunicativo inter-soggettivo e a trovare un “segno” comune che possa condurre al superamento del conflitto”.

¹²⁵ C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, cit., 40.

tutto dimenticare, almeno in partenza, lo squilibrio di posizione che le caratterizza, dovuto al fatto che normalmente uno dei due soggetti coinvolti ha subito l'offesa che l'altro ha perpetrato e può contribuire con la propria decisione alla definizione del parallelo procedimento penale.¹²⁶ Una peculiare attenzione deve essere prestata proprio alla persona della vittima, la quale, partecipando alla mediazione, può soddisfare un suo duplice bisogno: quello di espressione, in primo luogo, potendo descrivere quali conseguenze anche emotive il reato ha comportato per la sua vita e vedendo riconosciuta così la propria dignità, ed in secondo luogo quello di informazione sul fatto di reato, proprio dalla bocca di colui che l'ha posto in essere e che può chiarire, dal suo punto di vista, profili rimasti oscuri. L'autore, infatti, può liberamente fornire la sua versione dell'accaduto, spiegare le ragioni del suo comportamento e descrivere il contesto in cui esso è maturato.¹²⁷

Le parti in mediazione, di regola, non sono in disaccordo sull'esistenza del fatto nel suo nucleo oggettivo essenziale – per il cui accertamento il processo appare luogo molto più adeguato – ma sul significato dello stesso o, eventualmente, sulla riparazione possibile.¹²⁸ Oltre al conflitto più profondo già esistente, il disaccordo sull'atteggiamento o sulla riparazione ne fa nascere un altro, che può essere mediato. Le parti sono così chiamate a leggere “fra le righe del conflitto e delle sue implicazioni”¹²⁹ e ad assumere liberamente e creativamente una decisione, ed eventualmente un impegno, spesso redatto per iscritto.¹³⁰

Secondo una concezione di giustizia riparativa ormai diffusa, il dialogo “comprensivo” nella maggior parte dei casi non è sufficiente per un esito pienamente positivo del percorso; ad esso deve seguire la riparazione, atto volontario di responsabilizzazione dell'autore coinvolto.¹³¹ La responsabilità che entra in gioco in

¹²⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 143 s.; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1048.

¹²⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 33; AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 27.

¹²⁸ M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 40 ss.

¹²⁹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 138.

¹³⁰ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 56 s.; J.P. BONAFE' - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 22.

¹³¹ C. MAZZUCATO, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, cit., 187 s.

questo contesto non è rivolta al passato, ma al futuro;¹³² non è “sanzionatoria ma riparatoria”¹³³ e consente il reinserimento del reo nella società.¹³⁴ Essa non ha più solo a che fare con l’essere “responsabili di” qualcosa e per qualcosa, ma deve intendersi come un percorso che porta i soggetti ad essere “responsabili verso” (a rispondere l’uno verso l’altro),¹³⁵ restituendo loro un ruolo attivo fino al riconoscimento della reciproca dignità.¹³⁶

Non sempre, però, l’esito positivo della mediazione penale è quello che ci si sarebbe potuti immaginare all’inizio del percorso: esso è suscettibile di articolarsi in soluzioni diverse.¹³⁷ Non si può escludere che dai chiarimenti intervenuti nel corso della mediazione possa prendere vita anche un accordo in cui entrambe le parti, vittima e reo, sono protagonisti e si impegnano a prestazioni reciproche, convenute *in itinere*, senza ricorrere a norme precodificate.¹³⁸

Come è stato puntualmente precisato, nella mediazione penale l’obiettivo è quello di risanare la frattura, rimuovere il conflitto sotteso o sorto dal reato, inteso “non come mero ente giuridico o accadimento statico, bensì come fatto dinamico e «relazionale»”.¹³⁹ Ciò che è in discussione, in quest’ambito, non è la definizione penalistica del conflitto, che non può certo essere negoziata e rimane solo sullo sfondo rispetto al significato dei beni che protegge ed al vissuto delle persone

¹³² C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, cit., 46.

¹³³ M.A. FODDAI, *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, cit., 57, la quale si concentra anche sulla storia recente della parola “responsabilità”, che nasce alla fine del Settecento, in coincidenza non casuale con la Rivoluzione francese ed il processo di costituzionalizzazione britannico. Il termine “responsability” compare per la prima volta nei discorsi che animano i dibattiti parlamentari inglesi, “responsabilité” fa la sua irruzione nella lingua francese, negli stessi anni, per descrivere il dovere di rispondere dei propri atti da parte dei funzionari e ministri, mentre si diffonde ampiamente nelle diverse lingue soltanto nell’Ottocento.

¹³⁴ Così J.P. BONAFE' - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 29.

¹³⁵ A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 96.

¹³⁶ A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1048.

¹³⁷ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1014.

¹³⁸ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 10. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 273, descrive l’incontro tra vittima e reo come foriero di “spettacolari conseguenze”.

¹³⁹ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152. Cfr. altresì M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 52. Parla di “reato nella sua dimensione relazionale”, “come segmento delle complesse vicende relazionali che in ogni caso trascendono la lettura unilaterale che ne dà il diritto” anche A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 97.

coinvolte, veri protagonisti della mediazione.¹⁴⁰

Affronteremo, in seguito, parlando delle fonti sovranazionali e dell'ordinamento italiano, alcuni problemi che pone questo istituto sul piano delle garanzie che si rivelano necessarie per una piena integrazione del modello nel sistema giuridico e comunque per evitare che esso assomigli ad “un meccanismo di accettazione forzata delle prevaricazioni messe in atto dalle parti forti”.¹⁴¹

E' indispensabile però chiarire fin d'ora un presupposto fondamentale. Poiché ci occupiamo della mediazione come strumento che consente una definizione alternativa dei conflitti, ma è normalmente attivato nel corso di un procedimento penale, sappiamo che l'impulso alla procedura viene dato, di regola, da un soggetto pubblico (che, a seconda della fase in cui si colloca la mediazione, può essere il pubblico ministero o un'autorità che collabora con questo, la polizia, il giudice), il quale investe della controversia il mediatore o l'ufficio di mediazione.¹⁴²

La partecipazione delle parti è volontaria, ma non si può pensare ad una “spontaneità totale”:¹⁴³ il consenso dell'autore del reato è profondamente condizionato dalla minaccia implicita rappresentata dallo strumento penale.¹⁴⁴ Dalla parte della vittima, invece, si possono incontrare delle difficoltà nella prestazione del consenso alla procedura mediativa: la partecipazione può comportare sofferenza, oltre ad un dispendio di energie e di tempo.¹⁴⁵ Sarà compito del mediatore comunicare a questa i benefici che possono derivare dalla mediazione, in termini di ricostruzione del dialogo e di un'eventuale riparazione, nel rispetto tuttavia delle sue esigenze e dei suoi interessi.¹⁴⁶

¹⁴⁰ G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 39; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 94.

¹⁴¹ M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., 112. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 661.

¹⁴² T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 33; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 137; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 32.

¹⁴³ L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 305.

¹⁴⁴ Cfr. G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 14; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in MANNOZZI G., (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, cit., 51 (“la pena, almeno in potenza, è sempre presente e applicabile”).

¹⁴⁵ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., 272. L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 297, sottolinea come in circa la metà dei casi inviati in mediazione, essa non ha luogo, a causa del rifiuto di una delle parti.

¹⁴⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 141.

Ciò premesso, è necessario garantire che il processo formativo del consenso, nel corso dell'intera procedura, non sia viziato da forme di pressione psicologica che privino il contraente debole di una tutela adeguata. Le prassi informali sono, infatti, particolarmente esposte a tali rischi.¹⁴⁷

Quanto agli aspetti operativi e procedurali dell'istituto, esistono molteplici modelli di riferimento, che delincono fasi diverse.¹⁴⁸

In generale, comunque, a seguito dell'invio del caso e della relativa presa in carico da parte dell'Ufficio di mediazione, l'autore e la vittima vengono prima contattati singolarmente, proprio perché essi possano liberamente esprimere il loro consenso a partecipare alla procedura. La fase di preparazione si sviluppa quindi con una descrizione dettagliata delle caratteristiche e delle regole della mediazione e può durare molto tempo, perché deve creare le basi adeguate per la prosecuzione del processo.¹⁴⁹

L'incontro "faccia a faccia" tra le parti dovrebbe rappresentare un requisito irrinunciabile.¹⁵⁰ Non mancano però esempi – non rarissimi – di mediazione penale condotta unicamente attraverso uno scambio di messaggi, reso possibile dal mediatore ("*shuttle*" mediation).¹⁵¹

Alla fase dell'incontro segue l'eventuale accordo e la redazione del verbale da parte del mediatore. Il monitoraggio degli esiti conclude la procedura.¹⁵²

In tutte le fasi, il ruolo del mediatore è estremamente importante, come si può cogliere fin dalle definizioni di mediazione che sono state proposte. Egli deve essere

¹⁴⁷ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 125; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 306. Come rileva F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?* cit., 659: "ciò che è contrattuale non è necessariamente giusto".

¹⁴⁸ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 11, ad esempio, descrive una fase di presa in carico, una fase di preparazione, una fase di vera e propria mediazione (divisa in due momenti: la discussione sui motivi e sulle conseguenze del fatto e la successiva quantificazione dei danni e definizione delle modalità di riparazione) e, infine, una fase di applicazione dell'accordo.

¹⁴⁹ A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 61; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 74.

¹⁵⁰ Così A. WOOLFORD, *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, cit., 60 s.

¹⁵¹ AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 19; M. LIEBMANN, *Restorative Justice*, cit., 76; M. M. WILLIAMS-HAYES, *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, cit., 11; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 1.

¹⁵² G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 140.

un soggetto terzo, indipendente e qualificato, diverso dal pubblico ministero,¹⁵³ ma anche dal giudice, poiché non esercita alcuna autorità.¹⁵⁴ La neutralità più assoluta, che è una qualità di quest'ultimo, secondo una parte della dottrina non si addice tuttavia al mediatore, che deve mostrarsi sensibile alla vulnerabilità dei soggetti coinvolti.¹⁵⁵

Egli è un “catalizzatore del conflitto”,¹⁵⁶ chiamato a mettere a confronto i punti di vista delle parti ed a ricostruire tra loro un rapporto comunicativo; può far emergere una verità nuova, in parte già scritta nei fatti e nelle cose ed in parte frutto dell'evoluzione dell'incontro. Diventa fondamentale che riesca ad “immergersi tra le parti”¹⁵⁷ e favorisca (è un facilitatore) la costruzione di un nuovo “ordine simbolico”, un'interpretazione comune del reato, attraverso l'individuazione di valori condivisi e la promozione di rispetto e responsabilità reciproci.¹⁵⁸

Il mediatore deve lavorare sugli effetti dannosi della situazione conflittuale, per far sì che le parti riprendano a dialogare tra loro.¹⁵⁹ Sono loro che devono parlare e per il mediatore è scorretto “farlo al loro posto, o nel loro interesse, o ancora con l'interesse di far andare le cose in un certo modo”. Egli non deve giudicare od imporre soluzioni, ma può limitarsi a dare la parola, preoccupandosi di aiutare le parti a trovare una base interpretativa comune rispetto al fatto, magari attraverso l'identificazione dell'origine della situazione problematica.¹⁶⁰

Nonostante la dimensione dialogica abbia in questo contesto un ruolo

¹⁵³ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 637.

¹⁵⁴ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152; A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 344; J.P. BONAFE' - SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 36 s. Sulla necessità di un'adeguata preparazione professionale, che non includa solo competenze giuridiche ma anche una specifica conoscenza delle tecniche di mediazione, si sofferma in particolare M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit. 109 s.

¹⁵⁵ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 276.

¹⁵⁶ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 37.

¹⁵⁷ A. ROIATI, *Diritto penale minimo e mediazione penale*, cit., 1049.

¹⁵⁸ Cfr. G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 12

¹⁵⁹ Cfr. M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 749.

¹⁶⁰ J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998, 19; A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 92, 96.

predominante,¹⁶¹ come abbiamo anticipato, il mediatore penale non deve sottovalutare la ricerca di soluzioni e con essa la definizione della lite, il raggiungimento di un accordo, normalmente con forme di adeguata compensazione materiale e/o simbolica a favore della vittima. Quel che accadrà del procedimento penale eventualmente attivato per il reato di cui si è discusso in sede mediativa non è, però, da lui necessariamente controllabile, perché, almeno allo stato attuale, dichiarare un reato mediabile non sempre significa, nemmeno in ipotesi di esito favorevole, “che quel fatto non sia più meritevole e bisognoso di pena”.¹⁶² L’assoluta peculiarità della materia penale, che, come gli stessi sostenitori della giustizia riparativa hanno riconosciuto, sottrae normalmente il conflitto alla libera disponibilità delle parti, potrà comportare nei diversi ordinamenti, come avremo modo di vedere, un diverso trattamento procedimentale o processuale dell’accordo raggiunto con eventuale condotta riparatoria: interruzione incondizionata del procedimento con esenzione da pena, interruzione del procedimento con esenzione da pena solo in ipotesi di adeguata riparazione, mera attenuazione della pena o, addirittura, sua assoluta irrilevanza.

3. Il rapporto efficiente tra la giustizia riparativa ed il sistema penale italiano

E’ infine proprio con riferimento al profilo, appena citato, del riflesso dell’esito riparativo sul sistema penale e del suo contributo all’efficienza della giustizia, che il tema della *restorative justice* può destare un rinnovato interesse in Italia anche negli operatori del diritto, almeno nell’ambito di una particolare prospettiva, che vogliamo provare a delineare brevemente fin d’ora.

¹⁶¹ L. KURKI, *Evaluating Restorative Justice Practices*, cit., 295, dove si sofferma anche sulle diverse ricerche svolte in tema di soddisfazione delle parti o di recidiva.

¹⁶² C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit. 79.

3.1 Inflazione penale e correttivi. Nella prospettiva di una “sussidiarietà contemporanea”

Nonostante il fiorire, in chiusura del secolo scorso, di molti dibattiti sul tema del “diritto penale minimo” ed un costante riconoscimento, almeno formale, dell’opportunità di tutelare penalmente solo valori essenziali trasformando in illeciti amministrativi gli altri reati,¹⁶³ si può affermare che la strada della depenalizzazione non è stata imboccata con sufficiente decisione nel nostro ordinamento. In termini sempre più chiari, oggi, la dottrina penalistica si dimostra meno favorevole o, semplicemente, meno disposta a crederci in termini di reale fattibilità, come l’unico rimedio contro l’ipertrofia penalistica: si è affermato che “l’ideale illuministico di un ordinamento giuridico (e dunque di un sistema repressivo) fatto di poche leggi” è ormai del tutto “anacronistico”.¹⁶⁴

Ciò può essere dovuto, da un lato, ad una notevole perdita di fiducia nel diritto amministrativo punitivo¹⁶⁵ - che, come è stato precisato, è meno ricco di

¹⁶³ Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 80 ss. (egli contrappone diritto penale minimo/massimo riferendosi sia ai minori o maggiori vincoli garantistici strutturalmente interni al sistema, sia alla quantità e qualità delle proibizioni e delle pene in esso stabilite), nonché F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “l’azione per la repressione dell’illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss., ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, cit., 1475 ss. (con riferimento agli interessi di particolare rilevanza costituzionale); G. ROSSI, *La riparazione nell’ordinamento penale italiano*, cit., 19; C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, cit., 1226 ss. Cfr., altresì, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., 9 ss., per una critica molto forte all’inflazione penalistica, con l’elaborazione di un programma di “diritto penale minimo”, da attuarsi anche mediante una “riserva di codice”; F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, cit., 267, parla invece di “diritto penale minimo” come “diritto punitivo che sappia valorizzare altri strumenti di composizione dei conflitti sociali”, comprendente sia una proposta di depenalizzazione dei reati minori, sia il ricorso ad alternative al diritto penale tradizionale, come la mediazione penale.

¹⁶⁴ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 185. M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2667, ritiene che non ci si può illudere sull’ “efficacia taumaturgica” di una coraggiosa depenalizzazione. Per una riflessione sulla denuncia di una eccessiva produzione di fattispecie incriminatrici (ipertrofia penalistica), fin dal pensiero illuministico, cfr. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 3 ss.

¹⁶⁵ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 105. Egli, peraltro, ritiene che la depenalizzazione non risolverebbe di per sé i problemi dell’inflazione processuale (potrebbero riexpandersi norme generali e comunque verrebbero aggravati altri uffici giudiziari). Cfr. altresì G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit. 6 e P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un’ alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 931, che pone l’accento sulle disfunzioni della macchina amministrativa, sulla riduzione dei poteri di accertamento della polizia e, comunque, sulle maggiori garanzie difensive assicurate dal procedimento penale. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 432, afferma che gran parte dei reati candidati alla depenalizzazione si riferiscono alla tutela di funzioni

garanzie anche giurisdizionali e non può sostituire agevolmente la tutela penale, che ha un valore anche simbolico,¹⁶⁶ senza provocare un indebolimento della funzione di prevenzione generale del sistema nel suo complesso¹⁶⁷ - e/o, dall'altro, ad una parallela concentrazione sul diritto penale delle aspettative collettive in ordine alla risoluzione di molti conflitti che riguardano sempre nuovi e più vasti settori di vita sociale, come caratteristica tipica degli ormai perenni momenti di crisi in cui versa la vita collettiva ed istituzionale.¹⁶⁸

Come è stato rilevato da una peculiare prospettiva, poi, sarebbero addirittura il “diritto penale del fatto” e la stretta legalità – realisticamente posti di fronte ad esigenze sempre nuove di tutela – a portare con loro, inevitabilmente, due conseguenze: l’inflazione penale dovuta ad un eccesso di incriminazioni, strumentali rispetto a disegni di controllo sociale, o comunque dovuta a fattispecie meno numerose ma più generali ed omnicomprensive, e l’inflessibilità delle definizioni che finiscono per ricomprendere anche modalità di condotta piuttosto modeste.¹⁶⁹

La necessità di una minaccia astratta della pena, però, come ha ricordato anche Roxin, “non legittima affatto l’obbligo di punizione in ogni caso”.¹⁷⁰ Richiamando quanto già espresso sulle recenti tendenze nel dibattito sulla pena, essa non ha più un valore in sé; “la certezza della risposta al reato (non necessariamente

amministrative e sono sorti proprio per sottrarre all’amministrazione il controllo sanzionatorio sulle attività che essa è chiamata a regolamentare: restituirglielo non è una prospettiva auspicabile. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., 69, mette tuttavia in guardia dai rischi di un diritto penale che espliciti solo funzioni simboliche poiché esso, perduta la credibilità, non sarà più in grado di svolgere i propri compiti.

¹⁶⁶ Cfr., per questa osservazione, M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 124. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 20, ricorda la capacità dirompente dello strumento penale ed il giudizio di riprovazione sociale in esso insito. Sulla funzione simbolica del diritto penale si rinvia al contributo di S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss.

¹⁶⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32.

¹⁶⁸ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, cit., 1459; C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, cit., 1236; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 960, afferma che proprio la radicale redistribuzione dei compiti sociali – verificate con l’assunzione, da parte dello Stato assistenziale, dell’istanza punitiva – avrebbe contribuito a determinare una “sovraesposizione della giurisdizione criminale”. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 57.

¹⁶⁹ Cfr. le osservazioni riprese da M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., 267.

¹⁷⁰ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 19. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 94.

una pena da eseguire) resta un valore essenziale, ma non assoluto”.¹⁷¹

Nonostante l’indefettibilità della risposta sanzionatoria possa, a prima vista, apparire come un corollario dell’*extrema ratio*, un diritto penale che guardi oltre le istanze meramente retributive¹⁷² e risponda ad un modello di “sussidiarietà contemporanea”, come è stato autorevolmente affermato,¹⁷³ può permettersi di rinunciare ogni tanto, a determinate condizioni, alle sue sanzioni, di disapplicare le pene comminate, anche perché in difetto esso apparirebbe poco rispettoso della personalità degli autori di reato. Aprendo gli occhi alla realtà dei fatti, poi, non ce la farebbe comunque ad applicarle tutte. Pulitanò parla, a riguardo, della necessità di una “ragionevole flessibilità”.¹⁷⁴

Ferma naturalmente l’esigenza di commisurare attentamente la pena in ipotesi di condanna, si impone, prima, una più radicale selezione dei fatti di reato commessi, in via di fatto se non, auspicabilmente più spesso, in via di diritto¹⁷⁵ e, in questo caso, a livello di diritto sostanziale o di diritto processuale.¹⁷⁶

¹⁷¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 661; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 400. Cfr., ampiamente A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., *passim*, e, in particolare, pagg. 14 ss. per l’analisi della prospettiva contraria, seconda la quale precetto e sanzione sarebbero termini inscindibili. In questo senso D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 12, che parla di “imbarazzante consapevolezza che la applicazione della sanzione non è più avvertita come conseguenza necessaria della previsione legislativa di precetti (normativamente) minacciati di pena”. Si sofferma poi su questo fenomeno a pagg. 17 ss. e 554 ss.

¹⁷² F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 96, parla di “concezioni retributive assolute della pena, ormai unanimemente abbandonate e sconfessate”.

¹⁷³ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 131; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 76 ss. (cfr. in particolare, pag. 82: “Si profila quindi una nuova e diversa sussidiarietà contemporanea”). C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 209, descrive un “atteggiamento autoconservativo dell’organismo penale”, noto come “processo o fenomeno di selezione”. Cfr. altresì, A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 984 s. (in particolare nota 79). In realtà, C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 22, affermava che proprio il principio di sussidiarietà offriva la legittimazione della riparazione come strumento autonomo inteso a conseguire i fini del diritto penale, senza ricorrere alla pena o mitigandone l’utilizzazione.

¹⁷⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 662. A pag. 488 egli ricorda la necessità di un “ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”, richiamando un criterio enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.148 del 1983.

¹⁷⁵ Come ricorda C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 216, se alla potenziale punibilità di un gran numero di individui corrisponde la punizione effettiva di una sparuta percentuale, selezionata in base a criteri casuali, si verifica una esasperazione inaccettabile del loro ruolo di capri espiatori, nel momento in cui vengono scoperti.

¹⁷⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 231 s.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 79 ss. Cfr. altresì, A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 984. Ogni soluzione processuale dovrebbe, comunque, trovare una giustificazione

L'applicazione della pena è un percorso dinamico che parte dalla minaccia legale ed arriva, attraverso il processo, all'esecuzione, ma su tutti i passaggi del percorso il principio di legalità lascia spazio a possibili alternative, che il legislatore dovrebbe individuare nell'esercizio della sua discrezionalità politica e nel rispetto dei principi costituzionali.¹⁷⁷

Così, in considerazione di esigenze preventive e/o di valutazioni di meritevolezza e bisogno di pena,¹⁷⁸ si è cominciata a valorizzare legislativamente,

ed una legittimazione di fondo nei principi del diritto penale, quando vengono ad essere toccati gli equilibri del sistema sanzionatorio: cfr. sul punto F. BRICOLA, *Intervento sul tema: "l'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, cit., 31, dove sottolinea la necessità che anche le riforme del processo penale tengano conto del diritto penale sostanziale; e così, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 489.

¹⁷⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 482.

¹⁷⁸ Come è stato rilevato (L. RISICATO, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 87 s.), l'ambiguità del concetto di meritevolezza di pena si riflette in una vasta produzione scientifica, in cui si colgono connotazioni diverse del termine. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 89, accomuna la querela, le cause di non punibilità e le condizioni di punibilità, quali indicatori della "meritevolezza di pena di un'offesa penalmente rilevante". Diversamente, però, C. PIERGALLINI, "*Civile*" e "*Penale*" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1317, afferma che la "meritevolezza di pena, che legittima la previsione astratta della sanzione penale, non determina un indiscriminato obbligo di punire" e M. ROMANO, "*Meritevolezza di pena*", "*bisogno di pena*" e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 49 ss. definisce il reato come illecito meritevole e bisognoso di pena, ma non ammette che a meritevolezza e bisogno di pena siano riservati spazi autonomi nella teoria del reato. Essi esprimono "la legittimazione ultima del tipo astratto di reato" e "la sostanza di cui il reato si nutre", senza tuttavia che per questo un fatto antiggiuridico e colpevole (e quindi meritevole e bisognoso di pena in sé) debba sempre essere punito. Vi possono infatti essere molte ragioni (riconducibili ad un'area eterogenea e complessa di opportunità politica dell'intervento penale in concreto, difficile da ricondurre a sintesi) per le quali, "in un diritto penale razionale di scopo", può apparire conveniente soprassedere alla punizione (cause di estinzione del reato, condizioni di procedibilità). E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflative. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 9 ss. distingue meritevolezza della pena, che sottende un giudizio di valore (bilanciamento di interessi) e comporta il riferimento ad un'istanza fondativa collegata alla natura ed al contenuto di illecito di un comportamento, dal bisogno di pena, connesso ad esigenze di politica criminale strettamente legate a finalità preventive e destinate a limitare ulteriormente la corrispondenza di principio tra fatto di reato e pena (con alcuni istituti tipici della giurisdizione di pace si rimane comunque all'interno della logica della struttura del reato, a differenza di alcune cause di non punibilità). Cfr., analogamente, per quanto riguarda la meritevolezza e la definizione di bisogno/necessità di pena, P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit. 158 ss. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 31 ss., analizza criticamente i due principi del bisogno (ancorato al principio di idoneità-necessità della sanzione) e della meritevolezza di pena (ancorato al principio di proporzionalità), evidenziando la difficoltà di individuare i rispettivi ambiti di operatività e poi concentrandosi solo sul bisogno di pena (o meritevolezza in senso lato) come quarto possibile elemento o gradino del reato (punibilità), senza sposare questa tesi (il giudizio sulla necessità e/o meritevolezza di pena non rappresenta, secondo l'Autrice, un momento valutativo successivo ed ulteriore rispetto alla verifica della sussistenza dei requisiti integranti la fattispecie; in presenza di cause di non punibilità, il bisogno di pena non viene meno, ma viene a mancare l'opportunità di assoggettare a sanzione penale il fatto posto in essere, pur tipico, antiggiuridico e colpevole). R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e*

anche nel nostro ordinamento, la possibilità di graduare il reato – ammettendone realizzazioni in concreto bagatellari e consentendo in alcuni casi al giudice di non punire l'autore del fatto¹⁷⁹ – e si sono introdotte ipotesi di oblazione discrezionale, di messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/1988) ed altri nuovi istituti di “non punibilità” sopravvenuta.¹⁸⁰ In questo contesto, poi, si sono cominciati, anche se timidamente (per le ragioni che descriveremo nel prossimo paragrafo), a sperimentare gli istituti della mediazione penale e della riparazione del danno come “causa di estinzione del reato” (art. 35 D.lgs. 274/2000), riconducibili - nella forma di processi od esiti - alla grande famiglia della *restorative justice*. A determinati presupposti, nel caso di

meritevolezza di pena, cit., 112 dà ingresso ad un ulteriore livello nella struttura del reato (bisogno di pena), antecedente alla punibilità e successivo alla colpevolezza. Per una meritevolezza e necessità di tutela dalla parte della vittima, cfr. M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1004 e S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 19 (meritevolezza/bisogno di tutela). Cfr. altresì A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., 100 (che parla di concetti “inafferrabili”) e dottrina *ivi* citata. A pag. 225, con riferimento al “bisogno di pena”, egli evidenzia come questa categoria esprima il senso di istituti che non sarebbero deducibili dai fini specifici del diritto penale ma solo da generiche valutazioni di scopo e di bilanciamento di interessi eteroclitici rispetto a quelli che trovano udienza nel diritto penale.

¹⁷⁹ Per un primo approfondimento della questione dell'esiguità penale nell'ambito della competenza penale del giudice di pace cfr., *infra*, il capitolo 4. Cfr. in ogni caso, sul tema, anche G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147 s., nonché, in generale, l'ampio studio di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., *passim*.

¹⁸⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 488 s.: in questa categoria molto ampia, che presuppone un reato astrattamente punibile, egli include casi di “ritenuta insussistenza di bisogni di reazione, in considerazione della insignificanza del fatto” sia per ragioni di minima offensività che per ragioni di prevenzione speciale; di “considerazione di fatti successivi al reato, ritenuti incidenti sulla meritevolezza o sul bisogno di pena”; di “considerazione del decorso del tempo dopo il commesso reato” e di “intervento di un potere di clemenza”. Molti istituti della non punibilità sopravvenuta sono raggruppati sotto le etichette di “cause di estinzione del reato” (che hanno un natura anfibia, per un verso sostanziale, e per un altro processuale) e di “cause di estinzione della pena”. Egli afferma che sul piano tecnico gli istituti della non punibilità possono essere strutturati anche in chiave formalmente processuale. Poiché però vengono ad essere toccati gli equilibri del sistema sanzionatorio, è sempre necessaria una giustificazione, alla luce dei principi del diritto penale sostanziale. L'impostazione dell'Autore – che in questa prima sede si intende preferire – si avvicina a quanto descritto da A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 19, parlando di “circostanze di esclusione della punibilità”, in senso lato, come “clausola generale a cui ricondurre tutte le ipotesi (senza che vi sia neanche una precisa distinzione tra l'ambito sostanziale e quello procedurale) in cui si assiste ad uno scollamento tra la realizzazione di un fatto penalmente rilevante e l'applicazione della sanzione criminale”. Nello stesso senso A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 339, per la quale si tratterebbe di situazioni o circostanze, soggettive o oggettive, preesistenti alla commissione del fatto o sopravvenute, attinenti al merito o alla procedura, a cui è comunque riconducibile la non applicabilità o non applicazione della sanzione penale. Con specifico riferimento alle “cause sopravvenute di non punibilità”, cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., 226 s.

un'intervenuta "composizione del conflitto",¹⁸¹ la giustizia pubblica ha iniziato a riconoscere la soluzione trovata, se non addirittura sollecitata, all'esterno del meccanismo punitivo classico.¹⁸²

In questa prospettiva, la "sussidiarietà" non riguarda solo la posizione e la costruzione dei reati in astratto,¹⁸³ ma si afferma concretamente nel quadro di un modello dialogico di "amministrazione giudiziale della pena", in cui il giudice non si limita ad applicare la sanzione dall'alto ma può riconoscere reazioni appropriate alla specificità dei fatti criminosi,¹⁸⁴ utilizzando "programmi di scopo", coerenti con il dibattito più recente sulle funzioni della pena, e valorizzare il contributo delle parti: l'interesse della vittima e/o la condotta dell'autore, successiva al fatto.¹⁸⁵

Come ha messo in luce anche la dottrina straniera, si può parlare di una sorta di estensione del principio di *extrema ratio* sul piano del processo penale, evidenziando così quella stretta relazione esistente tra diritto e processo che può portare a valorizzare determinati istituti, dalla natura ibrida, addirittura in una fase anticipata del procedimento per rinunciare – prima ancora che alla pena, quando possono ritenersi soddisfatte le istanze cui dovrebbe rispondere – all'esercizio dell'azione penale, con una "depenalizzazione in concreto",¹⁸⁶ compatibile con le istanze di "deprocessualizzazione".¹⁸⁷ Una disciplina processuale sensibile a queste

¹⁸¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 39, parla di modelli di "composizione del conflitto penale".

¹⁸² M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 255.

¹⁸³ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1036.

¹⁸⁴ Cfr. Risoluzioni del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema "Diversion e mediazione" (Cairo, 1-7 ottobre 1984), con i successivi rilievi di F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 534. Cfr. altresì C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor." *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 170.

¹⁸⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 254. ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 107; nonché cfr. pag. 83: "la sussidiarietà è un criterio di orientamento gerarchico e commisurativo tra le finalità della pena, unitamente al raccordo fra tipologia del fatto e realtà criminologica dell'autore". Cfr. altresì A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 987; AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit., 37 e W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 230, che mette in relazione la conciliazione con i principi di proporzionalità e sussidiarietà.

¹⁸⁶ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 186.

¹⁸⁷ G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Ed. Comares. 1999, 96. Queste considerazioni vengono svolte con riferimento alla disciplina tedesca dell'archiviazione, sulla quale ci soffermeremo nel prossimo capitolo. Quanto al termine "deprocessualizzazione", condividendo quanto espresso da M. G. AIMONETTO,

esigenze consente di ridurre al minimo sia i costi per l'individuo che l'impegno giudiziario, prescindendo da un vero e proprio accertamento del reato.¹⁸⁸

Dal lato del diritto formale, infatti, è indispensabile tener conto delle concrete esigenze di efficienza ed economia processuale – e quindi di buon andamento nell'amministrazione della giustizia¹⁸⁹ – alle quali tali forme di “degradazione giudiziale”¹⁹⁰ dell'illecito, insieme ad un eventuale ampliamento del potere delle parti nel condizionare l'esercizio dell'azione penale,¹⁹¹ possono servire, nella prospettiva di una nuova obbligatorietà dell'azione penale “a declinazione flessibile”,¹⁹² o semplicemente di una “concezione realistica (e non mitica o ipocrita) del principio in questione”.¹⁹³ Se la convergenza tra tali profili è solo parziale e non va enfatizzata oltre misura, è vero anche che molte soluzioni *riparativamente* orientate si possono collocare a cavallo tra il diritto sostanziale e quello processuale

*L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”, in Leg. pen., 2000, 100, nt. 3 e 4, esso verrà qui utilizzato come sinonimo di “deflazione processuale”, facendo riferimento agli istituti che escludono il processo, costituendo un'alternativa al medesimo. La deprocessualizzazione costituisce una species del più ampio genus rappresentato dalla diversion, nella terminologia utilizzata nelle citate Risoluzioni del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema “Diversion e mediazione” (Cairo, 1-7 ottobre 1984, in Cass. pen., 1985, 533 ss. con i rilievi di F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*). Nelle Risoluzioni, *diversion* è intesa come “deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull'imputazione”; essa può intervenire anche dopo l'esercizio dell'azione penale (nt. 89). Come precisa proprio la Ruggieri, istituti quali la mediazione si collocano “in quell'area in cui il diritto penale sostanziale e diritto processuale non possono fare a meno di coesistere”. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 378, nt. 10, ritiene “particolarmente problematico” “fornire una nozione unitaria di questo istituto”.*

¹⁸⁸ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 49 s. e 367; C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 458 ss. (l'effetto deflattivo “più e prima ancora che in astensione dalla pena, si concretizza in astensione dal processo”). Vedi D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 572 ss., con riferimento ad esempio all'intreccio tra estinzione del reato ed “estinzione” della procedibilità.

¹⁸⁹ Per un'ampia riflessione sul tema cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 1 ss. Se è utile precisare, sulla linea dell'Autrice (pag. 3), che il buon funzionamento di un sistema non è determinato solo dalla sua efficienza ma anche dalla sua efficacia, cioè dalla capacità di raggiungere gli scopi prefissati, l'efficienza del processo deve comunque essere considerata un bene costituzionalmente rilevante.

¹⁹⁰ Cfr., ampiamente, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, 93 ss.

¹⁹¹ Se si guarda alla giustizia riparativa, le due prospettive sono attualmente, nell'ordinamento italiano, strettamente connesse. Sul tema, che riprenderemo più avanti, si rinvia ampiamente al lavoro di F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 173 ss.

¹⁹² M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 249. Come illustra A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 389, il principio di obbligatorietà dell'azione penale è, spesso, solo un principio astratto che purtroppo non trova applicazione.

¹⁹³ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147.

e, consentendo di rinunciare al processo, oltre che alla pena, possono assolvere ad una pluralità di funzioni.¹⁹⁴

Senza poter qui affrontare adeguatamente la questione dell'inquadramento dogmatico della punibilità nella teoria del reato¹⁹⁵ – tema che esorbita dai limiti e dagli scopi della nostra riflessione – possiamo comunque ricondurre a questa discussa e complessa categoria, da intendersi qui nell'accezione più lata,¹⁹⁶ gli istituti

¹⁹⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 565 ss. Come afferma M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 256: “Nel processo si concretizzano scelte e commisurazioni della pena che nulla hanno a che vedere con i principi di diritto sostanziale (almeno con quelli “tradizionali”), a cominciare dalla gestione delle pene irrogate con i riti alternativi”. Egli successivamente, a pag. 258, si sofferma sullo “schema a imbuto” che ben descrive la selezione processuale, secondo canali occulti, dei fatti e degli autori, dalla commissione dei reati all'esecuzione della pena carceraria: “L'ugualissimo diritto penale del fatto conosce applicazioni quotidiane che i manuali di diritto penale sostanziale non ci sanno neppure *descrivere*, non dico certo *giustificare*”. Cfr. altresì M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 84 ss., e, in particolare, nt. 20, in cui egli rileva la necessità di operare un bilanciamento delle classiche finalità o criteriologie fondative della pena con interessi anche di tipo economico-processuale.

¹⁹⁵ Sul punto, su posizioni opposte nella dottrina italiana si collocano gli aderenti alla corrente maggioritaria, tra cui possiamo ricordare M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 261; ID., *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1038 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., in part. 107 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 64, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 801 (che parla di punibilità come “possibilità giuridica di applicare la pena minacciata”), sostanzialmente contrari, e, dall'altra, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3° Ed., Milano, Giuffrè, 2001, I vol., 655 ss., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 177 ss., favorevoli invece al riconoscimento della punibilità come quarto elemento del reato. Cfr. A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, cit., 16 ss. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 65 individua lo spazio proprio dei più importanti istituti della punibilità (o meglio della non punibilità) nell'ambito del sistema delle conseguenze del reato e non all'interno della teoria del reato, mentre T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 360, parla di “ponte” che unisce il reato alla sua conseguenza giuridica. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 947, nt. 97, distingue le impostazioni che intendono ricondurre la punibilità alla teoria del reato o della pena e quelle che sottolineano l'esigenza di marcare il distacco, “non per affrancare la non punibilità dai principi costituzionali, ma per ricostruirne un'autonoma e più variegata struttura e funzione rispetto al tema dei fini della pena “interni al reato” (egli aderisce a questa seconda impostazione). Si ricorda infine, per un'adesione alle prime impostazioni ora citate, il sempre importante contributo di F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1968, vol. XIV, 588 ss., il quale, partendo dall'equazione rigida tra reato e fatto punibile, colloca le condizioni di punibilità all'interno del reato.

¹⁹⁶ Secondo l'accezione di M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 89, capace di includere anche ipotesi di non procedibilità ed ipotesi “ibride”, come le cause di estinzione del reato e ID., *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1035, dove si riferisce ad un' “accezione molto ampia, sostanziale e processuale”. Cfr. altresì, per la non punibilità in senso lato: A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, cit., 18 s. e quanto già descritto sopra, alla nt. 181. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 24 s., parla di differenziazione tra “fatti bisognosi di repressione” in astratto e “meritevoli di pena”, in concreto, riconoscendo al legislatore la possibilità di selezionare tra i fatti conformi al tipo attraverso istituti destinati ad incidere sulla punibilità in modo diretto (cause di non punibilità) o in modo indiretto (impedendo la pronuncia della condanna: querela e cause estintive del reato). Nel contributo M. DONINI, *Le logiche del pentimento e*

o le discipline che consentono (e consentirebbero ulteriormente, se potenziati), in presenza di un comportamento tipico, antiggiuridico e colpevole, di operare la descritta selezione o degradazione in vista della non punibilità, nel quadro di un processo penale sempre più dialogico ed aderente alle proposte della giustizia riparativa.

La “punibilità”, o, più precisamente la “non punibilità”, rappresenta, del resto, una categoria dogmatica e politico-criminale estremamente moderna.¹⁹⁷ Essa è stata definita suggestivamente – e coerentemente con quanto abbiamo affermato – “una speranza, un programma, un percorso della sussidiarietà penale”.¹⁹⁸

Le premesse sono incoraggianti, ma la questione posta è molto delicata. Basti osservare che se il principio di legalità non dice affatto che ad ogni fatto di reato deve conseguire sempre l’applicazione della pena prevista dalla norma di parte speciale,¹⁹⁹ affinché il sistema conservi una sua fondamentale coerenza la scienza è chiamata comunque, soprattutto alla luce dei criteri di valore riconducibili alle funzioni proprie della pena, ad una ponderazione adeguata delle ragioni che fanno ritenere legittimo rinunciare alla punizione. La rinuncia, al di là delle istanze deflative, non deve apparire come un’ingiustificata clemenza.²⁰⁰

del perdono nel sistema penale vigente, cit., 890, nt. 2, l’Autore parla, sempre in termini molto ampi, di “remissione della sanzione”, quale termine che comprende tutte le cause di “non punibilità” o di degradazione della sanzione sopravvenute al fatto.

¹⁹⁷ Come ricorda anche A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 18, sarebbe più corretto parlare di “non punibilità”. A questo particolare concetto (definito “funzionale”) si riferisce M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1036 ss. Del resto, egli afferma, dentro alla tradizionale punibilità si trovano solo ipotesi di non punibilità. Tale categoria “riguarda criteri sia di meritevolezza e sia di bisogno di pena, che stanno al di là dell’edificio sistematico del reato”.

¹⁹⁸ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 905, nel quadro di un complesso sforzo di razionalizzazione funzionale. Secondo V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai “condoni tributari 2003”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1119, è nota la “difficoltà di una *reductio* a rationale *unum* di tale poliedrico fenomeno”.

¹⁹⁹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 482; M. G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 121; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 31.

²⁰⁰ Come ha affermato anche la Corte Costituzionale (Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *Giur. Cost.*, 1988, 1559 ss.), in tema di controllo di legittimità delle scelte legislative sul piano della non punibilità: “Tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest’ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l’incriminazione penale, tale uso, nell’incidere negativamente sul principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell’intervento punitivo dello Stato. La non punibilità o la non procedibilità, dovuta a situazioni successive al commesso reato [...], deve comunque essere valutata in funzione delle finalità proprie della pena: ove

Con riferimento più specifico al delicato rapporto con il mondo della *restorative justice*, si devono poi distinguere adeguatamente le dimensioni, implicate da questo modello nelle sue diverse concezioni, di cui il diritto può realmente farsi carico, da quelle invece di cui esso può solo limitarsi ad agevolarne, con la dovuta attenzione, le condizioni di operatività.²⁰¹ Non può essere compito dello Stato, infatti, “imporre perdoni e pentimenti, ma solo eventualmente favorirli, prenderne atto e trarne le dovute conseguenze”.²⁰²

3.2 Contributo della giustizia riparativa all'efficienza processuale e rapporto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale

Sebbene non manchino le voci di coloro che ancora ritengono che strumenti come la mediazione non siano da valorizzare sul piano della loro presunta capacità deflattiva, ma piuttosto su quello dell'alternatività e “minore invasività sociale e psicologica rispetto al rito”,²⁰³ come una dottrina sempre più nutrita ha recentemente precisato, la giustizia riparativa può contribuire altresì all'efficienza processuale.²⁰⁴

l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima”. Nello stesso senso, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 411. Per una rilettura che tiene conto anche di interessi esterni a quelli tradizionali della pena, cfr., tuttavia, M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1052 s. Secondo ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 263: “Non punibilità non significa mera assenza di pena, a livello fattuale, ma significa come fondamento di diritto sostanziale che sottosta a schemi formali variegati, a cavallo fra diritto penale e processo, che l'ordinamento predispone un'intera strategia differenziata di istituti che consentono l'eliminazione, la riduzione o la trasformazione (“degradazione”) della risposta punitiva [...]. La non punibilità esprime l'idea che rieduca di più la pena che “non si applica” (soprattutto quella detentiva). La *ratio* politico-criminale che tiene insieme (non sempre facilmente, è vero) una categoria tanto composita è rappresentata dal principio di sussidiarietà”. ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 92: “La non punibilità si colloca, oltre la teoria del reato, fra la teoria della pena e le questioni che attengono ai rapporti fra il diritto e il processo penale”. Sulla sempre più complessa relazione di solo apparente inscindibilità tra reato e pena e sul ruolo della giustizia riparativa in questo contesto si sofferma anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 25.

²⁰¹ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 186 s., ad esempio, parla del perdono e della riconciliazione come dimensioni che ineriscono all'intimo della coscienza individuale e di cui il diritto non può farsi carico, ma che il diritto può comunque agevolare nelle condizioni, promuovendo il dialogo tra vittima ed offensore.

²⁰² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954; “Il perdono non è un atto giuridico. Allo Stato spetta al massimo la remissione”.

²⁰³ G. COSI, *Introduzione*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, cit., VIII.

²⁰⁴ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 345, individua proprio una linea di sviluppo delle condotte riparatorie per il perseguimento dell'istanza di deflazione processuale.

Riconoscere che il ricorso alla *restorative justice* non è stato sollecitato soltanto da esigenze di economia processuale e che essa può addirittura costituire una sorta di “mito contemporaneo”,²⁰⁵ implicando una riflessione sul significato stesso della giustizia, non significa negarne le potenzialità per un funzionamento efficace del sistema penale, secondo una tendenza comune a tutti settori del diritto.²⁰⁶

Nel contesto della giustizia riparativa si incontrano diversi interessi concorrenti: quello della vittima; quello dell'autore di reato; in qualche misura quello della comunità, nonché auspicabilmente (perché sottovalutarlo?) proprio quello dell'amministrazione della giustizia che, anche nell'interesse delle parti, mira ad accelerare i procedimenti penali.²⁰⁷

Quando si parla di *restorative justice* e deflazione con riferimento al sistema penale italiano, si impone tuttavia una delicata indagine supplementare volta a ricercare un dialogo proficuo con la disciplina processuale. Non è dubbio, infatti, come anche questa materia, dalle radici lontane, risenta profondamente dei problemi legati all'esportabilità degli istituti stranieri, laddove essi debbano essere integrati in sistemi giuridici in cui vigono principi, anche costituzionali, molto diversi da quelli tipici dei paesi di *common law*, dove la giustizia riparativa ha iniziato ad affermarsi in un contesto di discrezionalità dell'azione penale,²⁰⁸ o da quelli di paesi come la Francia, dove comunque è possibile abbandonare l'azione penale per ragioni di mera opportunità o – addirittura – come la Germania, dove, pur considerandosi la legalità dell'azione penale un valore primario da perseguire come regola, al pubblico ministero sono riconosciuti alcuni strumenti di “deprocessualizzazione”, proprio in ipotesi di composizione non autoritativa del conflitto, con riferimento alla criminalità medio-piccola.²⁰⁹

²⁰⁵ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 211.

²⁰⁶ Vedi, per l'affermazione, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 24. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 244.

²⁰⁷ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 89-90, nonché, con riferimento alla specifica esperienza dell'ordinamento tedesco, 267 s.

²⁰⁸ L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 285. Come rileva A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 64, si può escludere che la discrezionalità dell'azione penale sia una caratteristica essenziale del sistema accusatorio.

²⁰⁹ In questi termini, anche se criticamente, F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “l'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss. Cfr., invece, da una diversa prospettiva F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 203; C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati*

A differenza di altri ordinamenti pur ancorati al principio di legalità, in Italia, a garanzia di un'applicazione uguale per tutti della legge penale e di altri principi basilari del sistema costituzionale,²¹⁰ l'art. 112 della Costituzione ha stabilito drasticamente il principio di obbligatorietà dell'azione penale.²¹¹ Ciò rappresenta un ostacolo all'introduzione di istituti di flessibilizzazione: allorchè sussistano i presupposti per l'esercizio dell'azione penale, il processo deve iniziarsi e concludersi, “sia che vittima e reo si siano riconciliati, sia che siano rimasti estranei l'una all'altro”.²¹²

Evitando le rigide contrapposizioni tra ordinamenti, che si rivelano sempre meno adeguate,²¹³ se prendiamo atto della pesante frattura che separa l'essere dal dover essere del sistema penale nazionale – in cui esistono moltissime norme ma mancano le strutture adeguate, le risorse e le forze necessarie per farle rispettare e, di conseguenza, il sistema è costretto a tollerare prassi certamente lesive del principio di obbligatorietà²¹⁴ e comunque processi dalla durata “irragionevole”²¹⁵ – lasciata da

bagatellari, cit., 469ss.; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2670. Riserveremo tuttavia al prossimo capitolo del presente lavoro un'analisi più approfondita dei profili comparatistici.

²¹⁰ Come ha messo in luce la Corte Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, 207, il principio è in realtà il punto di convergenza di altri principi basilari del sistema costituzionale: di legalità dei delitti e delle pene, di uguaglianza dei cittadini di fronte alle legge e di indipendenza del p.m. In questa sentenza, che richiameremo anche in seguito, la Corte ha sostenuto che il principio di obbligatorietà imporrebbe di limitare l'archiviazione ai soli casi di oggettiva “superfluità” del processo. F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “l'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss., coglieva una relazione strettissima tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale ed il principio di legalità e tassatività di cui all'art. 25 Cost. In realtà, egli riteneva che il costituente volesse innanzitutto la selezione dei fatti, nell'ambito dell'armonica costruzione che va dal principio di legalità a quello di obbligatorietà dell'azione penale.

²¹¹ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2658 ss., definisce questa disposizione “una delle più laconiche della Carta fondamentale della Repubblica” ed illustra come in nessuna delle Costituzioni straniere con cui potrebbe essere utile operare un confronto si trovi una clausola che suoni allo stesso modo dell'art. 112 Cost.

²¹² F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 193. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32 s., ritiene che proprio questa norma, che esula dal principio di legalità ma scaturisce da una diffusa idea di uguaglianza e di giustizia, imponga di perseguire ogni reato (o il maggior numero possibile). Cfr. U. GATTI, M. I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, cit., 100 e A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 42.

²¹³ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 s. afferma che i paesi che prevedono una doverosità dell'azione penale dimostrano un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità, mentre gli altri vanno continuamente temperando gli spazi discrezionali concessi all'agire del P.M.

²¹⁴ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, 591 ss. (“Permane un rapporto di grave squilibrio tra le risorse operative di cui dispongono gli uffici di procura e il numero delle notizie di reato che pervengono quotidianamente a tali uffici). Vedi anche M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), cit., 40 ss.; C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e*

parte una “finalità cieca di retribuzione obbligatoria” ed una “mitica obbligatorietà indifferenziata”, la dottrina guarda sempre con maggior favore, come visto, ad alcune soluzioni favorevoli alla “trasparenza pubblica nelle scelte processuali inevitabili sulla selezione dell’autore”, con una “disciplina di raccordo fra il diritto penale ed il processo”.²¹⁶ In un sistema ad azione penale obbligatoria, ma con un eccesso di incriminazioni, è altrimenti inevitabile che si pensi a meccanismi, sostanziali e processuali, “di correzione, di aggiramento ed elusione dell’obbligatorietà”.²¹⁷

Se si rimane convinti, tuttavia, che in uno Stato di diritto l’obbligatorietà dell’azione penale deve rimanere un principio fondamentale, nel senso che la scelta tra il processo e la richiesta di archiviazione non può dipendere da una mera valutazione di opportunità politica²¹⁸ o da esigenze interne al processo – che accentuerebbero nell’opinione pubblica il senso di aleatorietà della giustizia²¹⁹ – è

decriminalizzazione dei reati bagatellari, cit., 187 e 331 s.; M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2673 s.; F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 204. E’ bene ricordare che anche F. BRICOLA, *Intervento sul tema: “l’azione per la repressione dell’illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, cit., 31 ss., insisteva sulla necessità di sfozzare gli illeciti penali per evitare che il principio di obbligatorietà non fosse un mito.

²¹⁵ M. G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 99 ss. L’Autrice si sofferma anche sui costi del processo per l’accusato, la vittima e tutte le persone coinvolte. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 2 ss. (e 228 ss.) ricorda come l’Italia continui ad essere chiamata a rispondere di violazioni alle prescrizioni della C.E.D.U., per l’eccessiva durata dei procedimenti penali. In particolare, l’art. 6 par. 1 contempla il diritto di ogni persona ad essere giudicata “entro un termine ragionevole”. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha istituito un meccanismo specifico di monitoraggio per risolvere il problema della durata strutturale dei processi in Italia, la quale conduce alla protezione inefficace di un’ampia gamma di altri diritti sostanziali. Il Commissario dei diritti umani, nel Rapporto presentato in seguito alla sua visita nel 2005, ha in particolare rilevato una difficoltà oggettiva nel dare una risposta al fenomeno dell’inefficienza del sistema giudiziario, legata al principio di obbligatorietà, ma ha anche riconosciuto che si tratta di un tema delicato, strettamente legato ai principi costituzionali. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 647.

²¹⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 259. G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 142, parla di “concezione realistica – e non mitica o ipocrita” dell’obbligatorietà dell’azione penale.

²¹⁷ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1057.

²¹⁸ Come sottolinea M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 411, il principio, purtroppo, è stato oggetto di attacchi strumentali volti a riportare la politica dell’azione penale interamente nelle mani del potere politico. Come reazione a questa errata prospettiva, esso è stato da altri addirittura mitizzato, come l’unico coerente con uno Stato di diritto, sorvolando sul fatto che “nei termini rigidi in cui lo leggiamo nell’art. 112 Cost., il principio non trova corrispondenti in nessun’altra parte d’Europa e forse del mondo”.

²¹⁹ M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2666. Cfr. altresì le recenti riflessioni critiche di E. DOLCINI, *Esercizio dell’azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1369 ss. e di M. CERESA-GASTALDO

necessario evitare interpretazioni eccessivamente rigide o “fondamentaliste” del principio, potenziando istituti esistenti²²⁰ o individuando nuove soluzioni che, di solito basate sul consenso delle parti,²²¹ permettano di ovviare ragionevolmente alle conseguenze negative che esso può provocare nella pratica, almeno in una peculiare contingenza storica.²²²

Attraverso un temperamento dell’obbligatorietà – legislativamente fondato su presupposti sufficientemente determinati,²²³ ma comunque coraggioso – si può evitare che il magistrato si trovi a selezionare i reati da perseguire con poteri quasi arbitrari (mentre i fatti non scelti vanno incontro alla prescrizione)²²⁴ e che il sistema risponda in termini eccessivamente rigidi alla criminalità minore disperdendo le forze e le risorse da destinare alle forme di delinquenza più gravi.²²⁵ Attraverso una

M., *Dall’obbligatorietà dell’azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415 ss., con riferimento ad una possibile riforma dell’art. 112 Cost., da riformularsi nel senso: “L’ufficio del pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge” (contenuta nel d.d.l. costituzionale presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011 – AC n. 4275, Berlusconi-Alfano, intitolato Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione). Strumenti di deprocessualizzazione dovrebbero essere introdotti, secondo gli autori, sulla scorta di alcune esperienze straniere, senza dar vita a una riforma costituzionale.

²²⁰ Come chiarisce A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 96, il primo limite all’art. 112 Cost. è costituito dalle condizioni di procedibilità. Anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 108 ss. si sofferma sul rapporto tra querela ed art. 112 Cost.

²²¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 79.

²²² Come rileva F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., 593, “non stupisce, dunque, che la dottrina processualistica continui a interrogarsi sulla effettiva irrinunciabilità del principio di cui all’art. 112 Cost.”. Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 130. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, cit., 174, ritiene che il mantenimento della regola della legalità processuale solleciti indirettamente un potenziamento dei meccanismi deflattivi.

²²³ R. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit. 104. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 254, sottolinea l’importanza che si tratti di indici al cui verificarsi il p.m. ed il giudice abbiano il dovere di dichiarare la conclusione del procedimento. Come rileva tuttavia M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., vol. 1, 32, la difficoltà consiste nell’individuare i criteri, i quali non devono essere così generici da consentire arbitrii, ma neppure così puntuali da preconstituire aree di impunità identificabili come tali *a priori* dagli autori del reato. F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 203 s., ritiene che non costituirebbe una violazione del principio sancito dall’art. 112 Cost. (e del suo presupposto, il principio di uguaglianza) il riconoscimento di mediazioni esperite con successo, in un provvedimento di archiviazione.

²²⁴ F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., 592. Cfr. C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 330 ss., parlando di “impossibile dogma dell’obbligatorietà”.

²²⁵ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 147 s.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*

maggior flessibilità si può poi contribuire a dare “linfa vitale all’agonizzante principio di ragionevole durata dei processi”,²²⁶ evitando il rischio che la sanzione penale non possa più assolvere al suo scopo e l’ordinamento favorisca l’impunità.²²⁷

Per quanto riguarda così il nostro principale oggetto di riflessione, ed in particolare la mediazione, espressione più nota e diffusa della giustizia riparativa, posta in relazione con il sistema penale tradizionale, è indispensabile pensare ad una disciplina attenta alle interfacce tra il procedimento giudiziario e la pratica mediativa.²²⁸

Con riferimento alla prima interfaccia (dall’autorità giudiziaria al processo riparativo), la mediazione penale può avere collocazioni procedurali diversificate, che fanno sorgere problematiche diverse. La dottrina dominante ritiene preferibile un tentativo di mediazione nella fase delle indagini, dove i ruoli sono meno stigmatizzati dalle vicende istituzionali del processo ed un esito positivo potrebbe evitarlo integralmente,²²⁹ ma non devono essere dimenticati principi irrinunciabili, come quello di non colpevolezza.

Con riferimento all’interfaccia “a valle”, tra agenzia di mediazione ed autorità giudiziaria,²³⁰ è opportuno operare invece una distinzione fondamentale tra la mediazione penale e la valorizzazione di condotte riparatorie quale causa di estinzione del reato o comunque di esclusione della punibilità.

Nell’ambito dell’ordinamento italiano, che ha mosso solo alcuni passi verso un riconoscimento effettivo della *restorative justice*, anche in conseguenza del principio costituzionale citato, in ipotesi di composizione del conflitto, con rinuncia

all’efficienza dei modelli di giurisdizione, cit., 57; M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2673.

²²⁶ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1757. Egli ritiene che si possa ragionare estensivamente sul concetto di superfluità del processo, delineato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 81, già citata), come limite implicito all’obbligatorietà dell’azione penale. Cfr., altresì, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 9 ss.

²²⁷ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, cit., 412 ss.

²²⁸ G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 500 ss.

²²⁹ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 201; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 249 e 292; G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 18; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 10, con riferimento, in generale, alla giustizia riparativa.

²³⁰ Tale espressione è utilizzata da G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.

da parte del privato alla pretesa giuridica, l'effetto diversivo del procedimento penale si ottiene *de jure condito* - per quanto riguarda il diritto penale degli adulti e salve ipotesi particolari ed isolate - solo in caso di remissione della querela oppure, nel microsistema del giudice di pace, con la riparazione, qualora sussistano tutti i requisiti richiesti dalla norma (art. 35 d.lgs. 274/2000).

Sarà opportuno riflettere sulle potenzialità espansive degli strumenti *riparativamente* orientati soprattutto nella fase delle indagini preliminari, eventualmente pensando anche ad un ampliamento dei presupposti normativi di operatività dell'archiviazione, partendo proprio dall'analisi del microsistema citato, che ha un'accentuata vocazione sperimentale.

3.3 La giustizia riparativa a supporto della giustizia tradizionale, per la valorizzazione della persona offesa e la responsabilizzazione dell'autore di reato: una delimitazione operativa

Considerando la giustizia riparativa come strumento di supporto alla giustizia tradizionale, è opportuno delimitare il contesto operativo entro il quale intendiamo riflettere.

Come illustrato, la *restorative justice* coinvolge o almeno mira a coinvolgere in un percorso relazionale persone chiamate ad ascoltarsi, per giungere davvero ad essere responsabili, a rispondere l'una verso l'altra.²³¹ Ai protagonisti della vicenda penale viene riconosciuto un ruolo attivo di rivalutazione dei propri problemi, con la riaffermazione di importanti sfere di autonomia e di potere.²³²

Da tale prospettiva, che tende "a riscrivere la semantica del reato nei termini sociologici di «evento relazionale»,²³³ ben si comprende come il terreno di elezione privilegiato della giustizia riparativa sia stato individuato prevalentemente, almeno in prima battuta, in quello del "diritto penale classico" (postilluministico), che svolge una "funzione stabilizzatrice delle condizioni essenziali per il mantenimento della società", è incentrato di regola sulla nozione di danno, offende beni giuridici

²³¹ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, cit., 340.

²³² G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 9. Così anche A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 94.

²³³ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156.

individuali,²³⁴ e viene contrapposto al cd. “diritto penale moderno” (da intendersi, in realtà, cronologicamente, come successivo alla seconda guerra mondiale e contemporaneo) – figlio dello Stato sociale e dell’intervento regolatore dello Stato nell’economia – che persegue scopi di prevenzione e di tutela anticipata.²³⁵

Il nucleo di reati di più recente creazione, ancorché sempre più ampio, non è affatto una costante dei sistemi penali. Tali reati obbediscono infatti ad un’idea preventiva; spesso non colpiscono condotte intollerabili in sé, ma solo condotte che potrebbero produrre gravi conseguenze qualora fossero poste in essere insieme ad una serie ulteriore di fattori di rischio oppure serialmente o in collegamento con altre.²³⁶ Sono tipizzate delle condotte che offendono, allo stadio del pericolo, beni sovraindividuali, collettivi (anche se, sullo sfondo, come beni-scopo, si scorgono anche dei beni individuali) ed invece offendono direttamente dei beni strumentali, beni-mezzo, beni-funzione (attività di controllo ed organizzazione, criteri o discipline predisposti da organi che presiedono al controllo sulle fonti di rischio).²³⁷ E’ il cosiddetto diritto penale “del comportamento”, come lo ha definito in Italia Stella, creato in molti ordinamenti dei paesi del mondo occidentale come risposta alla percezione dei notevoli rischi legati alla civilizzazione tecnica, i grandi rischi tecnologico-scientifici.²³⁸

Con riferimento a questi reati, che pur appaiono molto diversificati nelle forme, è difficile poter parlare tecnicamente di vittima e comunque essi si collocano molto al di là della relazione bipolare tra il reo e la persona offesa,²³⁹ anche se

²³⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 217. Cfr. altresì C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, cit., 1226 s.

²³⁵ La distinzione, pur in chiave critica e problematica, è stata operata efficacemente da M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 97 ss. Come illustra A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, cit., 388, ad esempio, si incontrano molteplici problemi pratici quando si fuoriesce dall’ambito dei reati di danno. Per un approfondimento sul tema cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., *passim*, con particolare riferimento ai problemi suscitati dal ricorso al modello classico di diritto penale (diritto penale del danno e della causalità) ed a quelli legati alla progettazione del nuovo diritto penale “del comportamento”.

²³⁶ Cfr., ampiamente, anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 207 s.

²³⁷ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 104, 106 s.

²³⁸ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., 419 ss.

²³⁹ Riprendendo le considerazioni di G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156, siamo lontani, qui, dal modello di illecito penale che reca un danno a “persone in carne ed ossa” e può essere quindi

proprio nell'ambito di comportamenti penalmente rilevanti in contesti leciti di base (al quale possono essere ricondotti molti di questi fenomeni criminosi), non è da escludere un "dialogo" dello Stato con i destinatari delle norme penali ed è opportuno ipotizzare, anche sulla scorta di esperienze già maturate, una sensibile flessibilità o differenziazione delle sanzioni, soprattutto in ipotesi *lato sensu* riparatorie, di eliminazione delle situazioni di rischio, quando si è raggiunto lo scopo della stessa incriminazione.²⁴⁰

Le strade della "non punibilità" in materia sono state e debbono essere ulteriormente percorse, probabilmente anche con alcuni strumenti ispirati dalla giustizia riparativa.

Ci appare tuttavia preferibile, almeno in prima battuta e nell'ambito dei confini del presente studio che prende le mosse dal modello teorico della *restorative justice*, riflettere sulle potenzialità dei modelli con riferimento privilegiato ai fenomeni criminosi che consentono di attivare *ex post* un percorso autenticamente relazionale e dialogico che coinvolga il reo e le vittime in senso stretto, "in carne ed ossa", evitando di comprendere sistematicamente nel dialogo o nella relazione soggetti diversi dalla "figura umana della vittima" o addirittura un numero indeterminato di individui, che può estendersi fino all'intera comunità.²⁴¹ Come ha lucidamente evidenziato Hassemer, "il fatto che venti della politica criminale soffino

interpretato "in chiave di conflittualità interpersonale". Cfr. altresì W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 217; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 536; F. MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, cit., 1184; C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor." *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 200; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 35.

²⁴⁰ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 132: "Ecco perché il diritto penale della prevenzione va visto nella sostanza come un diritto amministrativo (se mancano un pericolo in concreto, modalità lesive qualificanti e adeguati spessori di colpevolezza), e nella forma come un diritto penale giustificabile solo se si palesa l'insufficienza delle sanzioni extrapenali, ed in quanto trovi un'applicazione sanzionatoria moderata, differenziata o degradabile verso pene lievi". Cfr., altresì, pagg. 235 ss. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1046, dove l'Autore afferma che lo scopo della norma penale, in questi casi, "sconta in partenza l'idea di un reato non punito".

²⁴¹ Nello stesso senso cfr. G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156: la mediazione "appare invece meno plausibile rispetto a reati di stampo più astratto e con soggetto passivo non personificato né personificabile in forma concreta, come ad esempio nel caso dei reati contro la pubblica amministrazione o contro altri beni giuridici a carattere meta individuale o ideale". Cfr. altresì M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269 e A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 59.

nella direzione opposta non può certo contraddire la concezione della mediazione tra vittima e reo”. Anzi, essa può rappresentare un mezzo di contrasto, di compensazione, “sul vetrino di una politica criminale incentrata sul generale e sull’istituzionale”.²⁴²

Sempre per evitare fraintendimenti, è necessario poi chiarire un ulteriore profilo. Nonostante le diverse sperimentazioni in atto nell’ambito della giustizia minorile – vista l’assoluta peculiarità ed autonomia di tale settore, legato strettamente alle specifiche esigenze di tutela dei minori autori di reato, riconosciute in chiave “educativa” anche a livello internazionale²⁴³ – nel tentativo di condurre un discorso di carattere generale sulla giustizia riparativa, ci concentreremo unicamente sul diritto penale degli adulti, sia esaminando gli ordinamenti stranieri sia riflettendo su quello italiano, dove il d.lgs. 274/2000 ha gettato le basi per una sperimentazione della mediazione, “a discapito della logica che vuole come prioritaria la riaffermazione con pena del precetto violato e a favore del superamento del conflitto attraverso l’avvicinamento tra autore e vittima”.²⁴⁴

²⁴² W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 229.

²⁴³ Cfr. sul punto le osservazioni di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 43, nt. 186; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., 46.

²⁴⁴ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 343 ss.

CAPITOLO TERZO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLE FONTI SOVRANAZIONALI E NEGLI ORDINAMENTI DELL'EUROPA CONTINENTALE: FRANCIA, GERMANIA, SPAGNA

1. Analisi delle fonti sovranazionali in tema di restorative justice e mediazione penale

Per l'affermazione della giustizia riparativa e, più in particolare, della mediazione penale, è stata determinante la posizione assunta in materia dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa, che per primi hanno emanato alcuni atti fondamentali - sottolineando la necessità di dare spazio a nuovi strumenti di giustizia alternativa - seguiti dall'Unione Europea, con la già citata Decisione quadro del 2001 sulla posizione della vittima nel processo penale e quindi, anche se in termini più cauti, con la Direttiva 2012/29/UE "in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato".

Un dato appare importante. Molti di questi documenti, soprattutto in ambito europeo, sono rivolti prioritariamente alla tutela delle vittime. Oggi il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ricomprende "i diritti delle vittime della criminalità" tra le materie aventi dimensione transnazionale in cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime attraverso direttive di armonizzazione penale (titolo V, capo IV, art. 82 § 2 lett. c), ma l'interesse manifestato dagli organismi sovranazionali, sia a carattere universale che europeo, per la tutela della vittima, è di molto anteriore al Trattato di Lisbona.¹ Così, il descritto riconoscimento sempre più deciso, nel dibattito internazionale, della posizione della vittima come soggetto debole, ma tuttavia "portatore di istanze autonome cui l'ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione"², ha

¹ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 1.

² M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889.

rappresentato il primo stimolo - nell'ambito di una sorta di "statuto giuridico di ordine generale"³ a tutela delle vittime, in via di creazione - verso la promozione di forme di giustizia riparativa, come pratiche adeguate per la risoluzione dei conflitti con il coinvolgimento diretto degli interessati, insieme ad altri interventi volti invece a rafforzare la solidarietà dello Stato nei confronti di chi ha subito un reato, con un'assistenza di tipo economico.⁴

Un'ulteriore sollecitazione al tema è poi derivata dalla necessità di miglioramento dell'efficienza dei sistemi giudiziari, oggetto di molteplici iniziative del Consiglio d'Europa.⁵

1.1 Le iniziative assunte nell'ambito delle Nazioni Unite: dai primi documenti in tema di restorative justice alla Risoluzione sui Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale adottata dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite nel 2002

Nel contesto internazionale, le Nazioni Unite hanno sensibilizzato frequentemente gli Stati sul tema della giustizia riparativa, nella ricerca di un nuovo approccio ai problemi della politica criminale.⁶

La Risoluzione 40/34 del 29 novembre 1985 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e contenente la Dichiarazione dei "Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reato e di Abuso di Potere" (A/RES/40/34), già citata per

³ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 111, individua due livelli nell'impegno della Comunità internazionale sul tema: se alcuni testi tracciano, appunto, "uno statuto giuridico di ordine generale", altri si occupano di interventi da offrire alla vittima in relazione ad una serie di reati specifici.

⁴ Può essere citata la Convenzione europea (adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa) del 24 novembre 1983, relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti e volta ad assicurare, mediante un intervento statale, il ristoro finanziario di coloro che hanno subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute, come diretta conseguenza di un reato violento doloso, e delle persone a carico del soggetto deceduto in seguito ad un tale reato - non firmata né ratificata dall'Italia - consultabile, anche in traduzione italiana in <http://conventions.coe.int/treaty/ita/Treaties/Html/116.htm>. Cfr. altresì M. PISANI, *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 466; G. 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, 560 ss., che ravvisa il fondamento della riparazione pubblica in ragioni di solidarietà sociale ed equità. Si precisa fin d'ora che, laddove non sia reperibile una traduzione ufficiale, si procederà a fornire comunque, direttamente nel testo, la traduzione in italiano dei testi normativi redatti in lingua straniera.

⁵ Cfr., ampiamente, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 196 ss.

⁶ P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, Pisa, Plus, Pisa Univ. Press, 2006, 84 s.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 233 ss.

l'ampia definizione di "vittima" ivi formulata, rappresenta la prima seria presa di posizione in materia di tale organizzazione internazionale ed è stata descritta come un "avvenimento di portata storica"⁷, perché è una "testimonianza autorevole della necessità di inscrivere la protezione delle vittime dei reati tra il catalogo dei diritti dell'uomo".⁸

Essa richiede che meccanismi giudiziari e amministrativi siano previsti e rafforzati, ove necessario, per permettere alle vittime di ottenere la riparazione attraverso procedure formali o informali che siano rapide, eque, gratuite ed accessibili (§5). Sollecita, in particolare, il ricorso a modelli informali di risoluzione delle controversie, come la mediazione, ove appaiano adeguati per la riconciliazione e la riparazione delle vittime (§7). Nell'ambito di un complesso quadro di strategie suggerite agli Stati membri in favore delle vittime della criminalità, essa si sofferma quindi in misura più approfondita sull'obbligo di "restituzione" – consistente nella riconsegna dei beni, nella compensazione economica dei danni o delle perdite sofferte, nel rimborso delle spese cui il soggetto è andato incontro in seguito alla vittimizzazione, nella fornitura di servizi e nel ripristino delle situazioni di diritto – invitando gli Stati a considerarlo come una possibile opzione sanzionatoria per la definizione del processo penale, ulteriore e diversa rispetto ad altre pene (§8 e §9).⁹

Da una prospettiva solo parzialmente diversa, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, in tema di "prevenzione responsabile del crimine", ha posto l'accento sulle misure non punitive, come complemento importante per l'amministrazione del diritto penale (§1). La riparazione del danno posta in essere dall'autore del reato rappresenta uno strumento significativo per combattere la tendenza a far ricadere la colpa sulla vittima e, proprio

⁷ M. PISANI, *Per le vittime del reato*, cit., 467. Nello stesso senso T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 76.

⁸ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 997. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 173, descrive le origini della risoluzione, che nascerebbe da tre importanti contributi in ambito criminologico, tra i quali possiamo ricordare i lavori del *Committee on Codes of Conduct for Victims*, appositamente istituito durante il *IV International Symposium on Victimology* del 1982, svoltosi in Giappone.

⁹ M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 997; ID., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 88.

per promuovere la prevenzione, dovrebbero essere previste o rinforzate le possibilità di attivare forme di mediazione estranee al giudizio (“*out of court*”) nelle materie penali considerate adeguate. Tali procedure dovrebbero comunque conformarsi ai principi del giusto processo (§21 e §22).¹⁰

Gli strumenti della giustizia riparativa sono funzionali, secondo il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, anche a combattere il sovraffollamento carcerario attraverso una riduzione del ricorso alla pena detentiva, soprattutto di breve durata, che si è rivelata di scarsa efficacia e costosa per la società. Così, nella Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998 si raccomanda agli Stati Membri, se possibile, di delegare alle parti la gestione dei conflitti relativi a reati di lieve entità, ricorrendo alla mediazione, al risarcimento del danno o ad accordi di compensazione che prevedano il versamento all’offeso di una parte del reddito del reo o l’esecuzione di attività lavorative da parte di quest’ultimo a favore della vittima.¹¹

Alla luce di una così poliedrica valorizzazione delle potenzialità della *restorative justice*, non stupisce che a partire dal 1999 le Nazioni Unite abbiano cominciato ad occuparsi direttamente dell’implementazione della mediazione e della giustizia riparativa nell’ambito del sistema penale, innanzitutto con la Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999.¹² Il documento illustra l’importanza di questi strumenti per la definizione dei conflitti concernenti reati di minor gravità, ribadendo che essi possono adeguatamente soddisfare le vittime, prevenire futuri comportamenti illeciti e rappresentare una valida alternativa a sanzioni detentive di breve durata o a sanzioni pecuniarie (§3), e chiede agli Stati di svilupparli a livello legislativo, come alternativa ai procedimenti formali tradizionali, dando vita a politiche di sensibilizzazione sia tra le autorità chiamate a darvi attuazione, che all’interno delle comunità locali,

¹⁰ La Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di “*Elements of responsible crime prevention: standards and norms*”, è consultabile in lingua inglese all’indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/eres1997-33.htm>.

¹¹ La Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di “*International cooperation aimed at the reduction of prison overcrowding and the promotion of alternative sentencing*”, è consultabile in lingua inglese all’indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1998/eres1998-23.htm>.

¹² La Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di “*Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*”, è consultabile all’indirizzo: www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-inf2-add2.pdf.

prevedendo specifici percorsi formativi per coloro che sono coinvolti nell'implementazione dei processi riparativi (§5). Si fa così appello agli Stati, alle organizzazioni internazionali ed agli altri enti, affinché si scambino informazioni ed esperienze in materia di mediazione e di giustizia riparativa (§6) e si raccomanda alla Commissione di considerare l'utilità di formulare dei principi base a riguardo, al fine di assicurare l'equità nella definizione dei reati minori (§8).

Il favore nei confronti di tali strumenti è stato confermato nel corso del X Congresso sulla "Prevenzione dei reati ed il trattamento dei reati", tenutosi a Vienna nell'aprile del 2000, in seno al quale è stata condotta un'ampia discussione su tali temi ed è stata adottata la Risoluzione "Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e sulla giustizia: affrontare le sfide del XXI Secolo". Quest'ultima incoraggia seriamente lo sviluppo di politiche, procedure e programmi di *restorative justice* (§28), quali nuovi approcci alla giustizia per la riduzione del crimine e la promozione del rispetto dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime, degli autori del reato, della comunità e di tutte le altre parti.¹³

Sulla spinta di tali iniziative, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, ha elaborato il progetto preliminare dei "Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale" (d'ora in poi Principi base),¹⁴ che ha assunto una forma definitiva con l'adozione della già citata Risoluzione 2002/12 del 24 luglio 2002 e rappresenta un punto di riferimento fondamentale – a partire dalle proposte definitive, come abbiamo già potuto sperimentare – per tutti gli Stati che vogliano disciplinare i

¹³ Il rapporto relativo al Congresso e la Risoluzione "Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century" adottata in seno ad esso, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo www.uncjin.org/Documents/congr10/15e.pdf. Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 178 s., nonché ampiamente G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della "Dichiarazione di Vienna"*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2000, 1-3, 1 ss., che ricorda anche il §27 della medesima Risoluzione: "Noi decidiamo di introdurre, laddove risulti opportuno, strategie di intervento a livello nazionale, regionale e internazionale a supporto delle vittime di reato, quali la mediazione e gli istituti della giustizia riparativa, e fissiamo nel 2002 il termine entro il quale gli Stati sono chiamati a valutare le procedure idonee a promuovere ulteriori servizi di supporto alle vittime e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle stesse e a prendere in considerazione l'adozione di fondi per le vittime, nonché a predisporre e sviluppare programmi di protezione dei testimoni".

¹⁴ La Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di "Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters", è consultabile all'indirizzo: <http://daccess-ods.un.org/TMP/3889394.40250397.html>. Cfr., sul punto, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294 s.

programmi riparativi o comunque per tutti gli enti o i soggetti che operano in materia.

L'analisi più puntuale del contenuto del documento verrà condotta nei prossimi paragrafi, unitamente all'esame delle linee guida formulate dal Consiglio d'Europa, dalle quali esso non si discosta sensibilmente, salvo che per quanto riguarda il relativo ambito di operatività, non ridotto esclusivamente alla mediazione penale.¹⁵

1.2. Il ruolo ed i documenti del Consiglio d'Europa

Se il documento fondamentale del Consiglio d'Europa è indubbiamente rappresentato dalla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, le sue istituzioni hanno da sempre rivestito un importante ruolo promozionale, non limitandosi a sanzionare le violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo. Nel campo della giustizia il Comitato dei Ministri ha, infatti, assunto una serie di iniziative significative anche per le nostre riflessioni, lavorando da anni per incoraggiare il ricorso a modalità alternative di risoluzione delle controversie.¹⁶

¹⁵ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSI, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003, 173, parla di “quasi totale coincidenza culturale”. La ragione della limitazione del documento europeo alla disciplina della mediazione penale si coglie nel fatto che tale processo rappresenta la forma di giustizia riparativa assolutamente più importante (se non l'unica) in Europa: I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 292; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, in ERA – Forum, 2002, Vol. 3. N. 1, 27. Come rileva C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 90, nt. 17, l'esperienza anglosassone è molto più variegata, includendo metodi comunitari di risoluzione del conflitto penale rispondenti alla cultura ed alle esigenze locali.

¹⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 197 ss. Come rileva M. L. LANTHIEZ., *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 148 ss., il fondamento di alcune iniziative viene rinvenuto nella stessa Convenzione; per quanto riguarda la vittima, in particolare, nell'art. 6.

1.2.1 *Le prime raccomandazioni in tema di giustizia riparativa e la Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale*

Il primo documento che, nel contesto del Consiglio d'Europa, ha contribuito ad elaborare una sorta di “statuto della vittima nel processo”¹⁷ è la Raccomandazione N. R (85)11 del 28 giugno 1985, del Comitato dei Ministri, sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penale.¹⁸

In questa si evidenzia come il sistema della giustizia penale si sia tradizionalmente concentrato sul rapporto tra lo Stato e l'autore di reato, finendo per accrescere, piuttosto che diminuire, i problemi della persona offesa. La Raccomandazione descrive così i diritti che devono essere garantiti alla vittima in ogni fase del procedimento penale, chiedendo agli Stati membri di prevedere, a livello legislativo ed operativo, una serie di misure di tutela funzionali a riconquistare la fiducia nel sistema di chi ha subito il reato, la cui collaborazione è fondamentale anche per combattere la criminalità. Tali misure, rivolte alle esigenze dell'offeso, non necessariamente confliggono con altri obiettivi del sistema penale, come il rafforzamento delle norme sociali o la riabilitazione del reo, ma possono facilitarne il raggiungimento.¹⁹

Da un lato, si richiama la necessità di una informata partecipazione della vittima in ogni fase procedimentale, nonché della piena tutela del suo diritto al risarcimento del danno da reato, lasciando alla discrezionalità degli Stati di configurarlo come sanzione penale autonoma, sanzione sostitutiva o come condanna che si aggiunge alla sanzione penale (§§I. 10 e 11).²⁰ Dall'altro si evidenzia

¹⁷ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 892, utilizza questa espressione.

¹⁸ Il testo può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532. Cfr. altresì, per una breve analisi del contenuto del documento, M. DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 998. Una panoramica degli interventi normativi più importanti in quest'ambito è contenuta in P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 85 s.; in T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 72 s.; in G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, cit., 161 ss.; e in A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1011, nt. 144.

¹⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 210.

²⁰ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 131 e G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 170 s., anche per alcune considerazioni critiche.

l'importanza dell'implementazione di pratiche extrapenali, volte alla conciliazione/mediazione tra autore e vittima, in quanto capaci di produrre vantaggi anche per la parte lesa, invitando gli Stati membri ad esaminarli (§II. 1).²¹

La già citata Raccomandazione concernente l'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione, adottata nel 1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Racc. N. R (87)21 del 17 settembre 1987),²² considerando, tra gli altri profili, che la giustizia penale tradizionale non è sufficiente, da sola, a riparare il danno ed il disturbo cagionato dal reato, contiene – nel quadro di un articolato complesso di strategie²³ – un esplicito riferimento alla mediazione tra l'autore e la vittima del reato, come strumento di cui si incoraggia la sperimentazione, anche su base locale, nonchè la valutazione dei risultati, con particolare riferimento al grado in cui sono soddisfatti gli interessi di chi ha subito il reato.²⁴

Con la Raccomandazione N. R (99)22 del 30 settembre 1999, in ordine alla necessità di ridurre il sovraffollamento carcerario, al punto 15 si evidenzia l'opportunità di valorizzare la mediazione ed il risarcimento alla vittima nell'ambito delle misure alternative alla detenzione.²⁵ Tuttavia, il documento che, senza alcun dubbio, riveste la maggior importanza in questo contesto è la già citata

²¹ Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 174; M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893.

²² Come ricordato, tale Raccomandazione, richiamandosi alle problematiche concernenti la vittimizzazione, invita gli Stati membri all'adozione di misure di assistenza e sostegno rivolte alle vittime di reato. Cfr. altresì S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 61.

²³ Le strategie indicate spaziano dalla creazione di un sistema di monitoraggio sui bisogni delle vittime e sui tassi di vittimizzazione per poter adeguatamente programmare interventi nel settore, alla promozione di politiche adeguate di sviluppo sociale, di prevenzione dei reati e di assistenza alle persone offese.

²⁴ Cfr. M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 890; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 174.

²⁵ Il testo della Raccomandazione N. R. (99)22 del 30 settembre 1999 “*concerning prison overcrowding and prison population inflation*” può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532. La tematica è destinata ad assumere un'importanza sempre maggiore, se si considera la recente sentenza della Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, con la quale è stata accertata la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 C.E.D.U., ingiungendo allo Stato italiano di dotarsi - al più tardi, entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza - di un sistema di ricorsi interni idonei a garantire tanto un rimedio preventivo contro le violazioni dell'art 3 CEDU a carico dei detenuti, quanto un rimedio compensatorio nei casi di avvenuta violazione. In tale sentenza la Corte, nel fornire qualche indicazione per superare il problema strutturale del sovraffollamento carcerario, ha richiamato anche la Raccomandazione N. R. (99)22 del 30 settembre 1999, del Comitato dei Ministri. Cfr. la sentenza pilota, in lingua francese, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115860#%22itemid%22:%22001-115860%22>};

Raccomandazione N. R (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 15 settembre 1999 e concernente la mediazione in materia penale, che rappresenta in Europa "l'unico documento organicamente dedicato alla materia".²⁶ Essa stabilisce i principi che gli Stati Membri devono osservare nello sviluppare la mediazione, un istituto sempre più diffuso in via complementare o alternativa rispetto ai procedimenti penali tradizionali, che si vuole ulteriormente implementare per garantire una diretta partecipazione alla procedura della vittima, del reo e della comunità, riconoscendo il legittimo interesse della prima ad esprimere più fortemente la propria voce in merito alle conseguenze del reato e l'importanza di incoraggiare, in prospettiva risocializzante, il senso di responsabilità del secondo, offrendogli la possibilità di rimediare.²⁷ Come viene illustrato nel Rapporto esplicativo, la possibilità, per la vittima, di esprimere ciò che essa sente, di ricevere dal reo una spiegazione in merito al proprio comportamento e delle scuse a titolo personale, aiuta ad alleviare la rabbia e la paura per il fatto e forse anche a comprenderlo; inoltre, essa può negoziare la riparazione in maniera più dettagliata e conforme ai propri bisogni. La mediazione facilita poi la riabilitazione dell'autore del reato ed il suo reinserimento in società.²⁸

Nel 2006, infine, con la dettagliata Raccomandazione N. R (2006)08 in tema di assistenza alle vittime di reato, che sostituisce quella del 1987, il Comitato dei Ministri ritorna di nuovo e sistematicamente ad affrontare i problemi in materia e, nel delineare una ricca e nutrita serie di misure di tutela, come la creazione di servizi

²⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 215. Come afferma M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 114, essa rappresenta "un riferimento assolutamente obbligato".

²⁷ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 73; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 174; I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 293.

²⁸ Cfr. il commento ("*Explanatory memorandum*") alla Raccomandazione (B. *Commentary on the preamble to the recommendation*), reperibile sul sito del Consiglio d'Europa: <https://wcd.coe.int/>, nei documenti correlati alla Raccomandazione (CM(99)118add2). Il testo della Raccomandazione e della relativa appendice è stato redatto dal Comitato di esperti nella mediazione in ambito penale, un gruppo di lavoro costituito nel 1995 per volontà del Comitato Europeo sui Problemi della Criminalità del Consiglio d'Europa (tra gli esperti si ricordano Christa Pelikan, presidente, e Tony Marshall): cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 183, nt. 87. Come rileva I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 293 ss., il gruppo di esperti ha quindi fondato, formalmente dal 2000, l'*European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, un'organizzazione non governativa volta anche a favorire gli scambi tra coloro che, in Stati diversi, si occupano scientificamente e/o praticamente di giustizia riparativa e mediazione penale.

specializzati di supporto, riconsidera espressamente la mediazione quale strumento privilegiato di cui avvalersi, ove adatto e disponibile, conformemente alle indicazioni contenute nella Raccomandazione del 1999. Insieme alla riaffermazione di alcune “stelle polari” – come quella del consenso, della riservatezza e della competenza dei mediatori – in linea con una tendenza che caratterizza anche i più recenti atti dell’Unione Europea, si esprime tuttavia per la prima volta una particolare considerazione per gli interessi delle vittime, nella loro globalità, valutando non solo i benefici, ma anche i possibili rischi sottesi a tali pratiche (§13).²⁹

1.2.2 L’implementazione delle raccomandazioni concernenti le modalità di definizione alternativa dei procedimenti, secondo le indicazioni della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia (CEPEJ)

Con la Risoluzione Res(2002)12 del 18 settembre 2002, il Comitato dei Ministri ha istituito la Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia (CEPEJ) con lo scopo di migliorare l’efficienza ed il funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati Membri - così rafforzando la fiducia dei cittadini nella giustizia - e di consentire una miglior implementazione degli strumenti giuridici del Consiglio d’Europa in tema di efficienza e di equità della giustizia (art. 1 Append.).³⁰

In relazione alla necessità di trovare soluzioni utili a migliorare la funzionalità dei sistemi, essa prevede che si pongano in essere tutte le misure necessarie per conformarsi all’art. 6 C.E.D.U. attraverso il rispetto del principio di ragionevole durata dei procedimenti giudiziari, senza tuttavia rinunciare alle altre garanzie di un giusto processo. La via indicata è quella di evitare inutili ritardi nelle procedure giudiziali e di ridurre il loro costo (§2.i).

La Risoluzione richiede, così, che si dia attuazione proprio alle raccomandazioni che nel corso degli anni il Comitato dei Ministri ha elaborato al fine di migliorare l’efficienza dei sistemi giudiziari, indicate a scopo esemplificativo

²⁹ Il testo della Raccomandazione N. R. (2006)08 del 14 giugno 2006 “*on assistance to crime victims*” può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM>. Cfr. M. L. LANTHIEZ., *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, cit., 157; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 114.

³⁰ Il testo della Risoluzione RES (2002)12 del 18 settembre 2002 “*establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ)*” può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P92_8968.

nell'Appendice II del documento, insieme ad altre che sono rilevanti per profili affini (§2.ii).

Tra queste, per la materia penale, meritano di essere ricordate: la Raccomandazione N. R (87)18 sulla semplificazione della giustizia penale, la Raccomandazione N. R (95)12 sull'amministrazione della giustizia penale, la già citata Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale e la Raccomandazione N. R (2000)19 sul ruolo del pubblico ministero nel sistema giudiziario penale.³¹

Il Consiglio d'Europa da anni ricorda che l'equità e l'efficienza di un sistema di giustizia penale sono i prerequisiti di una società democratica che si fonda sullo Stato di diritto.³² I ritardi possono essere corretti aumentando, od utilizzando meglio, le risorse destinate a questo specifico settore, oppure definendo più chiaramente le priorità di indirizzo della politica criminale attraverso: il principio di discrezionalità dell'azione penale, quando le tradizioni legali ed i principi costituzionali dei singoli Stati lo consentono; procedure sommarie, semplificate o modalità di definizione delle controversie alternative rispetto all'esercizio dell'azione penale, in presenza di reati di massa o di lieve entità; nonché lo snellimento della procedura ordinaria.³³

Se l'atteggiamento del Consiglio d'Europa, con riferimento alla pur preferita discrezionalità dell'azione penale, è correttamente prudente perché – come ricordato anche nel 2004 – nei Paesi esistono diversi modelli di “*public prosecution*” e meccanismi di pesi e contrappesi che ostacolano la valutazione di un singolo elemento isolatamente rispetto agli altri del sistema e la conseguente adozione universale del principio,³⁴ si possono comunque introdurre od ampliare le diverse misure che perseguono il medesimo risultato: la procedibilità a querela o la sua

³¹ Il testo delle Raccomandazioni N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*; N. R (95) 12 *on the management of criminal justice* e N. R (2000)19 *on the role of public prosecution in the criminal justice system*, può essere consultato sul sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P46_2532.

³² Cfr. Raccomandazione N. R (95) 12 *on the management of criminal justice*, cit., *Preamble*.

³³ Cfr. Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., *Preamble* e § Ia.1. Cfr. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1752.

³⁴ Cfr. la risposta del Comitato dei Ministri alla Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare, che proponeva l'adozione universale del principio di discrezionalità: *Role of the public prosecutor's office in a democratic society governed by the rule of law - Parliamentary Assembly Recommendation 1604 (2003), Reply adopted by the Committee of Ministers on 4 February 2004 at the 870th meeting of the Ministers' Deputies*, in http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P72_6229.

subordinazione al consenso della vittima, nei casi in cui l'interesse pubblico non è predominante, oppure la possibilità per il giudice di definire il procedimento o di sospenderlo condizionalmente, previo consenso informato dell'indagato o imputato,³⁵ nei casi e secondo procedure simili a quelle seguite dalle autorità titolari dell'azione nei sistemi che non sono caratterizzati da una rigida legalità processuale.³⁶ Proprio la mediazione, inevitabilmente insieme alla *diversion* ed alle politiche di depenalizzazione e semplificazione della procedura, è così considerata uno strumento importante per contribuire ad affrontare i problemi della giustizia, come affermato nel Preambolo della Raccomandazione N. R (95)12 sull'amministrazione della giustizia penale.³⁷

La centralità, anche a fini di efficienza processuale, della Raccomandazione N. R (99) 19 – già rilevata nel commento esplicativo della medesima, sottolineando che l'obiettivo è uno degli argomenti fondamentali per introdurre la procedura riparativa nella materia penale³⁸ – è dimostrata dall'avvenuta creazione, nel 2006, di un gruppo di lavoro sulla mediazione³⁹ che ha portato all'adozione da parte della Commissione, nel 2007, di vere e proprie “*Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale*”⁴⁰. Queste risultano estremamente utili per cominciare a pensare a come colmare la lacuna legislativa in materia anche in un ordinamento, come quello italiano, posto costantemente “sotto l'osservazione del Consiglio d'Europa a causa delle numerose condanne per la violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione”.⁴¹

³⁵ L'elemento consensuale è considerato un requisito indispensabile dove la decisione non sia quella di archiviare semplicemente (Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., §Ia. 7.).

³⁶ Cfr. Raccomandazione N. R (87)18 *concerning the simplification of criminal justice*, cit., § Ib.

³⁷ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 202.

³⁸ Cfr. il citato commento (“*Explanatory memorandum*”) alla Raccomandazione (§V.3. *Handling of individual cases*).

³⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 226. I Reports degli incontri del gruppo di lavoro sono reperibili all'indirizzo: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/WCD/GTMEDReports_en.asp.

⁴⁰ Il testo delle “*Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*”, CEPEJ(2007)13, può essere consultato all'indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1223865&Site=COE>. Cfr., ampiamente, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le “istruzioni per l'uso” del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 1, 2008, 201 ss.

⁴¹ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 228 ss., che si sofferma sulle iniziative, fino ad ora senza successo, del Consiglio

Le questioni più importanti su cui concentrare l'attenzione sono individuate nella disponibilità degli strumenti di mediazione (§§9-30), nell'accessibilità alle procedure da parte di vittime ed autori di reato (§§31-35) e nella diffusione di una maggior consapevolezza sulla giustizia riparativa, nei diversi attori coinvolti e nel pubblico, attraverso un'ampia informazione su questi temi, a tutti i livelli, dentro e fuori il sistema giudiziario, nonché attraverso la promozione della ricerca scientifica (§§36-50).

Quanto al primo punto, è scontato che le linee guida si soffermino innanzitutto sulla necessità, per gli Stati Membri, di estendere l'applicazione della mediazione a tutte le fasi del procedimento penale (§§9 e 10).

Il ruolo più importante, nella funzione promozionale di informazione ed invito, rivolti alle parti o, addirittura, di diretta attivazione della procedura mediativa (§ 11) è riconosciuto proprio alla magistratura ed alle altre autorità coinvolte nella giustizia penale. “Il collegamento tra il sistema della giustizia penale ed i servizi di mediazione è inequivocabilmente delegato, dunque, agli organi giudiziari”,⁴² anche se il documento non dimentica di considerare il contributo dei servizi sociali, delle organizzazioni non governative (§12) e degli avvocati (§13), nel cui codice deontologico dovrebbero essere inseriti un obbligo o una raccomandazione di contenuto informativo, nei confronti dei propri assistiti, in merito all'esistenza o all'opportunità di utilizzare questi strumenti.

Nonostante non si voglia enfatizzare eccessivamente il problema, la Commissione – dopo aver rilevato, tra gli ostacoli alla sua diffusione, che i costi della procedura sono abbastanza alti (§7) ed invitato gli Stati a promuovere progetti già esistenti ed altri nuovi, con un supporto anche finanziario (§10) – ritorna sul problema economico, in tema di accessibilità: la sua gratuità, o comunque limitata e proporzionata onerosità, rappresenta la maggior garanzia in questo senso.

Per il resto, le *Guidelines* si soffermano soprattutto sulle garanzie e sul rapporto tra la giustizia riparativa, il diritto ed il processo penale, essendo il legislatore e l'autorità giudiziaria invitati ad identificare le possibili ricadute sui

d'Europa per risolvere il problema italiano della durata eccessiva delle procedure giudiziarie, con conseguenze drammatiche anche per le vittime.

⁴² A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le “istruzioni per l'uso” del Consiglio d'Europa*, cit., 203.

procedimenti penali della mediazione e degli accordi stipulati (§15). Senza un raccordo adeguato in materia, infatti, soprattutto nei sistemi caratterizzati dall'obbligatorietà dell'azione penale, l'obiettivo dell'efficienza non potrebbe essere raggiunto.

E' indispensabile, in ogni caso, che la vittima ed il reo siano consapevoli dei propri diritti attraverso un'informazione approfondita, comprensiva dei profili attinenti a tali ricadute (§§31-33); “gli eventuali effetti sostanziali e processuali di un programma di giustizia riparativa dovrebbero essere riconoscibili grazie a una quanto mai opportuna trasparenza comunicativa tra l'ordinamento giuridico e i suoi destinatari”.⁴³

Le Linee guida del CEPEJ riprendono quindi, in diversi punti, alcuni importanti principi già formulati nei documenti precedenti, a livello europeo o internazionale, sui quali si andrà ora a riflettere delineando i principali tratti del quadro giuridico di riferimento della giustizia riparativa.

1.3 La disciplina dei processi riparativi nelle fonti sovranazionali: analisi delle linee guida fondamentali

Una rilettura complessiva dei documenti fino ad ora indicati – ed in particolare della Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale e della Risoluzione ONU 2002/12 del 24 luglio 2002, nonché di alcuni passaggi delle *Guidelines* 2007 del CEPEJ – consente di individuare le principali linee guida che sono state tracciate per garantire nei diversi ordinamenti una certa uniformità nella disciplina e negli standards qualitativi assicurati dai processi riparativi attivati.⁴⁴

La Raccomandazione e la Risoluzione si soffermano sull'accessibilità allo strumento. Esse prevedono che i programmi di giustizia riparativa siano un servizio “generalmente disponibile” (§3Racc.) e “fruibile in ogni fase del procedimento/sistema di giustizia penale” (§4Racc.; §6 Principi base).

⁴³ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le “istruzioni per l'uso” del Consiglio d'Europa*, cit., 207.

⁴⁴ Cfr. A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 6, 773. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 181, descrive le linee guida come “il tessuto che tiene insieme la serietà, la qualità, l'efficacia e le garanzie dei programmi di giustizia riparativa, in una parola la loro *credibilità*”.

A tale riguardo, la dottrina si è soffermata sull'opportunità che i centri di mediazione agiscano in un contesto pubblicistico ed offrano prestazioni gratuite. Un tanto appare fondamentale nell'ambito del diritto penale, che condivide una natura pubblica; è necessario evitare che la materia sia dominata da logiche di mercato, garantendone una piena collocazione “nella sfera dell'etica pubblica.”⁴⁵

Nel Preambolo della Raccomandazione è posto in risalto l'invito a che l'implementazione dei processi riparativi avvenga senza privare le parti di un insieme di garanzie corrispondenti a quelle enunciate nella C.E.D.U.⁴⁶ I documenti internazionali richiamano, infatti, anche per queste procedure i principi fondamentali di un “giusto processo” (diritto di difesa,⁴⁷ diritto alla traduzione, diritto ad un vaglio delle “autorità della giustizia penale” – o, più specificamente “giudiziale”, quanto agli esiti, secondo le Nazioni Unite – sull'invio di un caso in mediazione e sulla valutazione dell'esito, nonché celerità, con particolare riferimento alla prosecuzione del procedimento penale, a seguito del fallimento della procedura riparativa o della mancata esecuzione dell'accordo raggiunto) (§8, 9 e 18 Racc.; §11, 13, 16 e 17 Principi base).⁴⁸

Si soffermano tuttavia anche su alcune specifiche garanzie.

La libera e spontanea (§1 Racc.; §7 Principi base) adesione, da parte degli interessati, ai programmi di riparazione-mediazione, che possono rappresentare un'alternativa al giudizio rappresenta la regola d'oro della giustizia riparativa. “La libertà e la volontarietà costituiscono la struttura stessa del modello”, rendendo, di fatto, praticabile l'incontro proficuo tra il reo e la vittima; sono condizioni di senso e

⁴⁵ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., 773. Sul punto si sofferma anche il citato commento (“*Explanatory memorandum*”) alla Raccomandazione (§II *General principles*), senza però arrivare a parlare di gratuità delle prestazioni.

⁴⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 217.

⁴⁷ Su questo profilo si soffermano in particolare A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 264, pur nel rispetto dei momenti topici della procedura mediativa, e R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2009, 36 ss.

⁴⁸ Cfr. G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.

di fattibilità dei processi riparativi.⁴⁹ Come è stato rilevato, esse permettono altresì di scongiurare possibili attriti con i principi fondamentali del processo penale.⁵⁰

Il consenso – consapevole, informato, spontaneo, mai viziato da pressioni o da altri mezzi subdoli (§13 Principi base; §§ 10, 11, 13⁵¹ Racc.)⁵² – deve coprire tutte le fasi dell'*iter* (può essere revocato in qualunque momento: §1 Racc.; §7 Principi base) ed investire gli eventuali accordi risarcitori o riparatori, che devono rispondere a criteri di ragionevolezza e proporzione (§31 Racc.; §7 Principi base).

Come è stato precisato, ciò non significa che i mediatori debbano limitarsi a prendere atto della mancanza del consenso: nel colloquio preparatorio essi possono investire del tempo a comprenderne i motivi ed a rimuoverne le cause, quando queste risiedano, in particolare, nella disinformazione o nella mancanza di fiducia.⁵³

Altro principio/dovere importante è quello della confidenzialità: l'incontro di mediazione è protetto, essendo impedita qualsiasi forma di diffusione dei contenuti, salvo che con l'accordo dei partecipanti (§2 Racc.; §14 Principi base).⁵⁴ Le ragioni sono due: garantire una libera espressione tra le parti e tutelare il principio del *nemo tenetur se detegere*.⁵⁵ Il mediatore, riferendo alle autorità circa l'esito della mediazione, non deve soffermarsi su quanto è emerso in seno ad essa, né esprimere un giudizio sul comportamento dei protagonisti (§32 Racc.), nonostante le medesime

⁴⁹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 194 s. Cfr., altresì, R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 32 ss.

⁵⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 259.

⁵¹ Il §13 Racc., in particolare, richiede che la mediazione non sia intrapresa se “una delle parti principali non è capace di comprendere il senso della procedura”.

⁵² Come rileva il citato commento (“*Explanatory memorandum*”) alla Raccomandazione (§§III-IV *Legal basis; The operation of criminal justice in relation to mediation*), l'induzione forzata a partecipare al programma riparativo può costituire una violazione del giusto processo e quindi dell'art. 6 della C.E.D.U., in quanto la mediazione può implicare una rinuncia al (diritto al) giudizio ed è necessario verificare che la rinuncia sia formulata nelle condizioni appropriate.

⁵³ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 196.

⁵⁴ Per un'analisi dettagliata del principio e delle sue possibili eccezioni, cfr. il volume R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., *passim*. In particolare, sul possibile accordo in merito alla diffusione di alcune informazioni, p. 175.

⁵⁵ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 268. Cfr. R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 43 s.

autorità spesso preferiscano ricevere (ed addirittura richiedano) una relazione dettagliata.⁵⁶

Le Linee guida del CEPEJ (§§17 e 18) ribadiscono la necessità di una disciplina legislativa, da parte di ogni Stato, di tale dovere, da considerarsi vincolante per il mediatore e meritevole di adeguata sanzione deontologica, in ipotesi di violazione, in ogni fase della procedura ed anche successivamente alla sua conclusione. Eventuali eccezioni devono essere previste tassativamente,⁵⁷ in modo da guidare correttamente l'operato dei mediatori penali nei casi complessi in cui questi ultimi possono trovarsi o di fronte "ai "costi morali" dell'infedeltà alla riservatezza assicurata alle parti o alle conseguenze giuridiche dell'eventuale omissione di denuncia o rapporto".⁵⁸ Il Codice deontologico europeo dei mediatori in materia civile e commerciale potrebbe fungere da modello, stimolando l'elaborazione di uno strumento affine anche in materia penale (§28).

Molto delicata è poi la questione attinente alla necessità di una sorta di previa "assunzione di responsabilità" da parte dell'accusato, alla quale la mediazione sarebbe subordinata. Si ritiene che essa sia importante per garantire il rispetto del principio di non colpevolezza (da intendersi come divieto di "coinvolgimento di persone estranee ai fatti"⁵⁹) e comunque, soprattutto, per poter materialmente dar corso alla mediazione in relazione ad un fatto rispetto al quale le parti, anche solo per poterne parlare fruttuosamente, non devono dichiararsi estranee.⁶⁰ La dottrina ha tuttavia precisato che tale ammissione deve riguardare solo la partecipazione al fatto e deve essere così distinta dalla responsabilità penale in senso stretto, da accertarsi

⁵⁶ K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 30.

⁵⁷ Alcune eccezioni sono contemplate anche nella Raccomandazione del 1999, dove, al §30, si prevede che il mediatore dovrebbe essere chiamato a riferire alle autorità o alla persona interessata le informazioni concernenti imminenti gravi reati, che siano state fornite nel corso della mediazione.

⁵⁸ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, cit., 204.

⁵⁹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 206. Il vero rischio di violazione del principio, però, non si coglie tanto sotto questo profilo, quanto invece sotto il profilo che si analizzerà a breve: il riflesso del "riconoscimento", in sede giudiziale.

⁶⁰ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 207, rileva una sorta di parità tra i protagonisti della vicenda, richiedendo, entrambi i documenti, che tutti condividano gli aspetti significativi dei fatti.

unicamente nel corso del giudizio.⁶¹ I documenti parlano prudentemente di mero “riconoscimento dei fatti principali (*“basic facts of a case”*) della questione”, precisando che la partecipazione alla mediazione – in caso di esito negativo – non deve essere utilizzata contro l’imputato come prova di ammissione di colpevolezza in sede giudiziaria (§14 Racc.; §8 Principi base),⁶² come è stato affermato, “deve escludersi che tale ammissione valga come confessione, ossia come prova”.⁶³

Non è chiaro, invece, se il riconoscimento debba essere operato davanti ai mediatori o, invece, preliminarmente, davanti alle autorità invianti. La possibile tensione con il principio di innocenza suggerisce senza dubbio la prima soluzione, mantenendo separato nettamente il profilo relativo alle condizioni processuali per dare avvio alla mediazione da quello relativo al vero e proprio svolgimento della procedura. I mediatori non dovrebbero addirittura distinguere, nel verbale da trasmettere al giudice, tra mancato svolgimento del processo riparativo ed esito negativo dello stesso, come è stato lucidamente rilevato.⁶⁴

Le Nazioni Unite precisano anche che la mancata esecuzione di un accordo già raggiunto, che non abbia assunto la forma di una decisione giudiziale, non può giustificare una sanzione più severa nei giudizi penali successivi (§17 Principi base).⁶⁵

Come è stato affermato, “la separazione tra processo penale e mediazione-riparazione è qui nettissima”⁶⁶ e, se il Consiglio d’Europa si limita a chiedere che l’ambiente in cui i processi riparativi si svolgono sia “sicuro e confortevole” (§27 Racc.), secondo la dottrina, per meglio esprimere questa scissione, i centri deputati dovrebbero essere collocati in luoghi diversi rispetto alle aule giudiziarie, alle

⁶¹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 198, nt. 21; Cfr. R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 115. A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, cit., 776, a dire il vero, ritengono che non si debba proprio parlare di responsabilità “viste le implicazioni necessariamente normative di tale concetto”.

⁶² R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 31 ss.; 67.

⁶³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s. L’Autrice, in particolare, evidenzia come, ai fini di *diversion*, il giudice debba solo limitarsi a verificare, in negativo, i presupposti per una pronuncia immediata di archiviazione o per una sentenza di proscioglimento, dando rilievo alla scelta negoziale dell’indagato/imputato di aderire alla procedura di mediazione.

⁶⁴ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s.

⁶⁵ Cfr. P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 132.

⁶⁶ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.*, cit., 775.

caserme, agli uffici di pubblica sicurezza, privi di connotazioni o implicazioni ideologiche, religiose, politiche.⁶⁷

I provvedimenti di proscioglimento (o archiviazione) pronunciati a seguito di mediazione positiva dovrebbero avere il medesimo statuto delle decisioni giudiziarie e dovrebbero vietare di procedere nuovamente per i medesimi fatti (art. 17 Racc.; §15 Principi base; §30 Linee guida del CEPEJ). Qualora, invece, la mediazione non sia possibile o abbia esito negativo, è necessario che il caso venga celermente restituito all'autorità giudiziaria inviante, la quale deve decidere senza ritardo su come procedere (§18 Racc.; §§16 e 17 Principi base).⁶⁸

Sebbene l'autorità giudiziaria possa essere considerata l'istanza determinante "in entrata" (invio del caso) ed "in uscita" (valutazione processuale del suo esito),⁶⁹ il ruolo del mediatore, come già descritto, è estremamente significativo per la buona riuscita dei processi riparativi, in cui si innestano, tra i partecipanti, relazioni di forza molte complesse:⁷⁰ l'uno è il possibile aggressore ma subisce il procedimento penale, l'altro è la vittima, ma in molti casi ha scatenato la reazione dello Stato; l'uno "è soggetto attivo dell'offesa ma soggetto passivo dell'obbligazione riparatoria, l'altro è soggetto passivo dell'offesa ma beneficiario dell'attività riparatoria".⁷¹

⁶⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 184; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 272; A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., 774. In C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 204, l'Autrice afferma che i concetti di "sicurezza" e "confortevolezza" sono interiori e non materiali: "è sicuro e confortevole l'incontro in cui gli interessati si sentono sufficientemente protetti da potersi esprimere con sincerità e libertà mettendo a tema tutte le questioni che ritengono rilevanti e necessarie per la prosecuzione tranquilla della loro vita e del loro eventuale rapporto".

⁶⁸ Più delicata è la questione del tempo della mediazione, che deve svolgersi con un ritmo sostenibile (§28 Racc.), nel rispetto del "tempo interiore" delle parti, come rileva C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 103. Bisogna trovare un equilibrio delicato tra celerità, efficienza ed esigenze individuali dei partecipanti: A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 272.

⁶⁹ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 114. Per C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 210, questa rappresenterebbe una ragione in più per non sovrapporre la figura del giudice a quella del mediatore. Nel § 15 dei Principi base, più esplicitamente, si richiede addirittura una supervisione giudiziale dell'accordo (cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 266 s.), anche se è soprattutto compito del mediatore evitare che le obbligazioni assunte siano illecite.

⁷⁰ Cfr. R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 38 ss.

⁷¹ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, cit., 775.

Il mediatore è privo di potere decisionale⁷² e non parteggia,⁷³ ma è coinvolto e si coinvolge nell'aiutare le parti a partecipare pienamente alla mediazione ed a trarne tutto il beneficio possibile.⁷⁴ Deve saper gestire le emozioni dell'autore e della vittima, senza alcun copione prestabilito, e le sue competenze devono essere supportate da una formazione seria e continua. Per tale ragione, i documenti dedicano una particolare attenzione a questa figura, richiedendo l'elaborazione di percorsi formativi volti all'acquisizione ed al mantenimento delle capacità necessarie a svolgere tale delicato compito.⁷⁵

La Raccomandazione prevede che i mediatori siano “reclutati in tutte le aree della società”, mentre le Nazioni Unite richiedono che essi generalmente “possiedano una buona conoscenza delle culture locali e delle comunità” (§22 Racc.; §19 Principi base). Essi dovrebbero essere selezionati anche sulla base del loro “buonsenso e delle capacità relazionali” e ricevere, prima di intraprendere l'attività di mediazione, una formazione iniziale di base, che favorisca l'acquisizione di un elevato livello di competenza, comprensivo delle abilità nella risoluzione del conflitto e degli ulteriori requisiti necessari per lavorare con le vittime e con gli autori di reato (§24 Racc.; §19 Principi base).

La formazione, che deve poi assumere un carattere permanente, non include tuttavia solo le tecniche di mediazione, ma si estende anche alla conoscenza del sistema di giustizia penale (§24 Racc.).

Le Linee guida del CEPEJ (§§ 19 e 20) integrano queste indicazioni, attraverso una puntuale elencazione delle materie da affrontare nei programmi formativi, includendo la deontologia del mediatore, i rapporti tra la mediazione ed il

⁷² C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 198. G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss., rileva come, stando alle fonti sovranazionali, l'alterità tra il facilitatore e l'organo giudiziario costituisca un presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo.

⁷³ L'imparzialità del mediatore è richiesta già nelle norme definitorie della Raccomandazione (§1) e dei Principi base (§5). Nei Principi base, poi, (§18) – analogamente a quanto previsto nel §26 Racc. – si ribadisce che i mediatori devono svolgere i loro compiti in modo imparziale, con il dovuto rispetto della dignità delle parti. Cfr. G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss. Come rileva A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 274, il mediatore non deve solo essere terzo ed imparziale, ma anche apparire tale.

⁷⁴ Un chiarimento in questo senso è offerto nel già citato commento (“*Explanatory memorandum*”) alla Raccomandazione (§V.3. *Handling of individual cases*).

⁷⁵ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 177.

sistema penale, il quadro normativo di riferimento ed i vari metodi della giustizia riparativa.

L'adozione di standard minimi di competenze richieste e di regole deontologiche, nonché di specifiche procedure per la selezione, formazione e valutazione dei mediatori (§20 Racc.), viene seriamente raccomandata dal Consiglio d'Europa, unitamente ad uno scambio costante di buone pratiche tra mediatori penali europei (§§ 22 e 23 Linee guida del CEPEJ).⁷⁶

Al fine di garantire l'uniformità di applicazione dei programmi riparativi, è infine richiesto un lavoro di coordinamento continuo tra gli operatori del settore, gli studiosi e le autorità, accompagnato da ricerche e valutazioni, da consultazioni regolari tra magistrati e mediatori,⁷⁷ nonché dall'elaborazione di linee guida e di codici di condotta (§§7, 20, 33, 34 Racc.; §§12, 21, 22 Principi base).

L'opera, assai delicata, di monitoraggio e verifica in merito ai programmi di giustizia riparativa deve essere caratterizzata da rigore e continuità (§15 delle Linee guida 2007; §34 Racc.).⁷⁸ A tal fine, si richiede la creazione di un ufficio competente, un "organo di vigilanza" indipendente sull'uniformità di applicazione di tali pratiche e sul rispetto delle linee guida e delle norme deontologiche (§21 Racc.).

1.4 Le iniziative dell'Unione Europea: dalla Decisione quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale del 15 marzo 2001 alla Direttiva 2012/29/EU del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato

Lo strumento di armonizzazione più efficace elaborato in ambito europeo fino a poco tempo fa, prima della Direttiva del 2012, come anticipato, è senza dubbio rappresentato dalla Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 sulla "posizione della vittima nel procedimento penale", dovuta all'iniziativa della Repubblica Portoghese, all'epoca della sua presidenza di

⁷⁶ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, cit., 205.

⁷⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 191, precisa che, come si richiede la conoscenza del sistema penale da parte dei mediatori, allo stesso modo, giudici e pubblici ministeri devono essere al corrente del funzionamento, dei percorsi e dei risultati della mediazione-riparazione.

⁷⁸ Cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 192 s.

turno dell'Unione Europea.⁷⁹

Essa è “espressione del rafforzamento, all'interno dell'Unione Europea, di una politica criminale di valorizzazione delle vittime in concomitanza con l'evoluzione del terzo pilastro”⁸⁰ e si inserisce in un contesto di disposizioni volte a ravvicinare le legislazioni e le prassi dei Paesi europei relativamente alla posizione ed ai principali diritti di chi ha subito il reato,⁸¹ preoccupandosi di distinguere nettamente il profilo civilistico da quello penalistico, con il precisare che le disposizioni in materia di risarcimento e di mediazione non riguardano le soluzioni che sono proprie del procedimento civile (Preambolo).

Nel quadro di un più ampio riconoscimento di un ruolo “effettivo ed appropriato” della vittima nell'ambito del sistema di giustizia penale (art. 2), accompagnato anche dalla richiesta agli Stati Membri di impegnarsi nella creazione e nello sviluppo di servizi specializzati che siano in grado di rispondere alle esigenze delle vittime in ogni fase del procedimento (art. 13), l'atto europeo si interessa principalmente di tre gruppi di questioni: il rapporto tra la vittima ed il processo, il trattamento della vittima residente in uno Stato diverso rispetto a quello in cui il reato è stato commesso (cooperazione giudiziaria) e la mediazione penale.⁸²

Al diritto al risarcimento è riconosciuto in particolare uno spazio importante, essendo richiesto che i tempi per una statuizione a riguardo nel corso del giudizio penale siano ragionevoli e che gli Stati Membri adottino misure appropriate per incoraggiare l'autore a risarcire (art. 9).⁸³ All'art. 10, poi – sebbene il tema non sia

⁷⁹ Cfr. I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 110 ss.; T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice*, cit., 74 s.; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 131 s.; G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 161; G. DE AMICIS, *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, n. 15, 26 ss.

⁸⁰ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 7.

⁸¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 219.

⁸² Per un'analisi dei tre profili cfr. M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 111 ss. e M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 8 ss.

⁸³ Secondo G. GAMBERINI, *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, cit., 168 s., però, il 9° considerando limiterebbe la portata di tale disposizione, precisando che agli Stati Membri non è imposto di garantire alla vittima un trattamento equivalente a quello delle altre parti del processo.

affrontato dettagliatamente – è previsto che ogni Stato provveda a promuovere, prima o durante il giudizio penale,⁸⁴ la mediazione per le offese (reati) che siano considerate appropriate per questo tipo di misure ed assicuri che possano essere presi in considerazione eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso di tale processo riparativo.

Come è stato affermato, è necessario che, in qualche misura, a seguito dell'accordo muti l'atteggiamento dell'ordinamento giuridico verso le parti ed, in particolare, verso l'autore dell'illecito.⁸⁵

L'attuazione della Decisione quadro ha incontrato tuttavia molte resistenze.⁸⁶

Con specifico riferimento alle procedure riparative, nei singoli ordinamenti le opzioni normative accolte sono diversificate⁸⁷ e, nonostante l'art. 17 abbia imposto agli Stati Membri di emanare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi al disposto dell'art. 10 entro il 22 marzo 2006, non tutti vi hanno provveduto.⁸⁸ Lo stesso ordinamento italiano, nonostante la mediazione venga altresì indicata come uno strumento utile per migliorare l'efficienza e l'efficacia del sistema penale ed il termine sia abbondantemente scaduto, non ha, fino ad oggi, mostrato un serio impegno verso l'implementazione

⁸⁴ Un tanto si desume dalla definizione di mediazione offerta dalla Decisione quadro. Può essere utile ricordare, infatti, che la Decisione quadro contiene una definizione particolare, perché posta in stretta relazione con il procedimento penale, dalla quale si può ricavare il riferimento ai momenti in cui essa può essere attivata: "ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona competente".

⁸⁵ Cfr., sulla questione, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 208.

⁸⁶ Cfr. le osservazioni di F. RUGGIERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 4343 ss., sulla scorta dei primi rapporti sulla sua attuazione e di G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, IV, 204, il quale individua, in tale atteggiamento degli Stati, l'espressione di una generale contrarietà all'armonizzazione delle procedure nazionali.

⁸⁷ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 889, parla – riferendosi in generale ai diritti delle vittime – di "ineguaglianze sempre meno sopportabili all'interno di uno spazio giuridico comune".

⁸⁸ Le scadenze per l'attuazione della Decisione quadro erano diversificate, a seconda della disposizione considerata (altre scadenze: 22 marzo 2002 e 22 marzo 2004): cfr. G. DE AMICIS, *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, cit., 27. Sullo stato dell'implementazione della Decisione quadro si può consultare il rapporto finale del progetto "Victims in Europe", finanziato dalla Commissione Europea e realizzato dall'APAV (Portuguese Association for Victim Support) (<http://apav.pt/vine/>).

della disciplina, omettendo di introdurre ulteriori istituti, riconducibili al paradigma della giustizia riparativa.⁸⁹

Era quindi prevedibile un intervento sul punto della Corte di Giustizia, la quale, a partire dall'innovativa sentenza *Pupino* del 2005, ha avuto occasione di pronunciarsi in via pregiudiziale più volte, anche di recente, proprio con riferimento all'interpretazione di tale Decisione, scrivendo alcuni capitoli giurisprudenziali importanti sulla tutela della vittima nel processo penale.⁹⁰

⁸⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 233; M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 25. Come rileva M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 115 s., in Italia, in realtà, si registrano solo interventi per alcuni reati, ma manca uno statuto generale della vittima.

⁹⁰ Tra le pronunce più significative che riguardano la Decisione quadro dobbiamo ricordare l'ormai nota sentenza *Pupino*, della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) del 16 giugno 2005, relativa alla Causa C-105/03, nel procedimento penale a carico di Maria Pupino, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Firenze, in cui sono stati cristallizzati alcuni principi fondamentali. La Corte, oltre ad essere intervenuta per la prima volta in via pregiudiziale sull'interpretazione di una decisione quadro, ha stabilito che sussiste un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale a tali atti normativi del "Terzo Pilastro", nel limite del rispetto dei diritti fondamentali dello Stato interessato. Essa ha infatti riconosciuto il diritto dei singoli a far valere le decisioni quadro al fine di ottenere un'interpretazione conforme del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri ed ha quindi affermato che "il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta Decisione quadro". Come è stato affermato, si è riconosciuto anche ad uno strumento normativo del cd. "Terzo Pilastro" dell'Unione un valore condizionante l'interpretazione del giudice nazionale, sulla scorta della somiglianza con la direttiva (Cfr. A. NISCO, *Persona giuridica "vittima" di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, 794). Nella recentissima sentenza della Corte di Giustizia UE (Seconda Sezione) del 12 luglio 2012, relativa alla Causa C-79/11, procedimento penale a carico di Maurizio Giovanardi, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze («Se la normativa italiana in tema di responsabilità amministrativa degli enti/persone giuridiche di cui al Decreto Legislativo n. 231/2001 e successive modificazioni, nel non prevedere "espressamente" la possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere dei danni cagionati alle vittime dei reati nel processo penale, sia conforme alle norme comunitarie in materia di tutela della vittima dei reati nel processo penale»), con ordinanza del 9 febbraio 2011, pervenuta in cancelleria il 22 febbraio 2011, è stato poi affermato che: "L'articolo 9, paragrafo 1, della Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato". Le sentenze sono tutte reperibili sul sito della Corte di Giustizia UE (<http://curia.europa.eu>). Cfr. D. VOZZA, *Tutela della vittima nel procedimento penale: il discrimen tra garanzie sostanziali e procedurali quale limite all'intervento della Corte di Giustizia?* (2011), in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, il quale – con riferimento alla sentenza *Pupino* – sottolinea come essa, sotto il profilo istituzionale, abbia assottigliato "ancora prima della completa soppressione della struttura a pilastri prevista nel Trattato di Lisbona, le differenze con la prima "colonna" del "tempio" europeo". G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, cit., 205, pone l'accento sul ruolo decisivo svolto dal formante giurisprudenziale nel contesto europeo. Cfr. altresì M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 28 ss.

Per quanto ci riguarda, i primi dubbi sono sorti in merito alla definizione di vittima offerta dall'art. 1 lett. a), ristretta – come abbiamo già ricordato, sulla scorta del tenore letterale della norma – alla figura della “persona fisica”. Nell'ambito specifico della mediazione, la conclusione della Corte è, a maggior ragione, coerente con quanto affermato precedentemente dalla stessa in una sentenza che si occupava, più in generale, della medesima nozione nel contesto dell'intero documento: “la Decisione quadro non impedisce, nè obbliga gli Stati membri ad applicare le disposizioni in essa previste anche quando la vittima è una persona giuridica”. Tale interpretazione, secondo il Giudice europeo, non genera alcuna discriminazione ai danni di quest'ultima. Le persone fisiche “si trovano in una situazione oggettivamente diversa da quella delle persone giuridiche, data la loro maggiore vulnerabilità e la natura degli interessi che soltanto le violazioni commesse nei confronti delle persone fisiche possono pregiudicare, come ad esempio la vita e l'integrità fisica della vittima”.⁹¹

Il secondo profilo di cui la Corte si è occupata – e che rileva in questo contesto – attiene invece a quanto anticipato in tema di implementazione dell'atto normativo, con riferimento alla mediazione.

La Corte di Giustizia ha di fatto escluso la natura strettamente precettiva dell'art. 10, che, effettivamente, ha una formulazione piuttosto “vaga”⁹² ed un

⁹¹ Si tratta, come già ricordato nel primo capitolo, della sentenza della Corte di Giustizia UE (Seconda Sezione) del 21 ottobre 2010, relativa alla Causa C-205/09, procedimento penale a carico di Emil Eredics e Mária Vassné Sápi (Domanda di pronuncia pregiudiziale: Szombathelyi Városi Bíróság – Ungheria), vertente sull'interpretazione degli artt. 1, lett. a), e 10, n. 1, della Decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiedeva sostanzialmente se gli artt. 1, lett. a), e 10 della Decisione quadro dovessero essere interpretati nel senso che la nozione di «vittima» includesse, ai fini della promozione della mediazione nelle cause penali prevista al citato art. 10, n. 1, anche le persone giuridiche); nello stesso senso, precedentemente, cfr. la già citata sentenza della Terza Sezione del 28 giugno 2007, relativa alla Causa C-467/05, procedimento penale a carico di Giovanni Dell'Orto (avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, con ordinanza 6 ottobre 2005, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre 2005). Su questa seconda sentenza si rinvia al commento di A. NISCO, *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, cit., 784 ss., anche per alcune note critiche, in particolare sull'asserita ontologica incompatibilità di tutte le disposizioni della Decisione quadro con la natura delle persone giuridiche e sul rischio di un livello differenziato di tutela per le vittime.

⁹² In questi termini, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 294; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 31.

significato importante, ma soprattutto “di principio”, simbolico.⁹³ Essa ha affermato che l’art. 10 della Decisione quadro 2001/220 deve essere “interpretato nel senso che non obbliga gli Stati membri a consentire il ricorso alla mediazione per tutti i reati il cui elemento oggettivo, come definito dalla normativa nazionale, corrisponda in sostanza a quello dei reati per i quali la mediazione è espressamente prevista da tale normativa”, sulla scorta dell’osservazione per la quale esso si limita ad imporre agli Stati membri di provvedere a promuovere la mediazione per le offese che essi ritengano «idonee». La scelta dei reati rientra nella loro discrezionalità.⁹⁴ Analogamente, nella sentenza *Gueye e Salmerón Sánchez* del settembre 2011, la Corte – investita della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo con riferimento alla disciplina normativa che vieta in Spagna la mediazione indistintamente in tutti i casi di reati commessi nell’ambito della violenza di genere ed intrafamigliare – ha ribadito che gli Stati membri hanno un ampio margine di apprezzamento e possono escludere dalla procedura mediativa tali reati, tenuto conto della loro particolare natura.⁹⁵

Parallellamente a tali arresti giurisprudenziali, però, l’attività normativa dell’Unione Europea non si è fermata e, in forza del nuovo art. 82 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, è emersa la necessità di sostituire la Decisione quadro, i cui obiettivi non sono stati pienamente realizzati, con una nuova Direttiva,

⁹³ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all’indomani del trattato di Lisbona*, cit., 208, rileva come un inadempimento possa, forse, concretizzarsi solo quando uno Stato non preveda alcuna forma di mediazione.

⁹⁴ Così la sentenza *Eredics* appena citata, che coerentemente afferma: “dal tenore stesso dell’art. 10 e dall’ampio margine discrezionale che la decisione quadro lascia alle autorità nazionali quanto alle modalità concrete di attuazione dei suoi obiettivi [...] risulta che, stabilendo di consentire l’applicazione della procedura di mediazione soltanto nel caso di reati contro la persona, contro la sicurezza dei trasporti o contro il patrimonio, scelta che riguarda sostanzialmente motivi di politica giuridica, il legislatore ungherese non è andato oltre il margine discrezionale di cui dispone”.

⁹⁵ Nella Sentenza della Corte di Giustizia UE (Quarta Sezione) del 15 settembre 2011, relativa alle Cause riunite C-483/09 e C-1/10, procedimento penale a carico di Magatte Gueye e Valentín Salmerón Sánchez, (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Audiencia provincial de Tarragona - Spagna), si è testualmente affermato, per quanto riguarda la mediazione, che “l’art. 10, n. 1, della decisione quadro 2001/220 dev’essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri, tenuto conto della particolare natura dei reati commessi nell’ambito familiare, di escludere il ricorso alla mediazione in tutti i procedimenti penali relativi ai reati medesimi”. Questa sentenza riguardava – senza ravvisare alcuna violazione della Decisione – una sanzione di allontanamento obbligatoria di durata minima, prevista dall’ordinamento penale di uno Stato membro (Spagna) a titolo di pena accessoria, disposta nei confronti degli autori di violenze commesse nell’ambito familiare, anche quando le relative vittime contestavano l’applicazione della sanzione stessa e manifestavano l’intento di accedere alla mediazione penale. Cfr. M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 33.

più efficace, contenente obblighi concreti in materia di diritti delle vittime (informazione, assistenza, protezione e partecipazione ai procedimenti penali)⁹⁶ che vengono offese dal reato.⁹⁷

Per quanto riguarda il tema oggetto del presente studio, fin dal testo di cui alla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 18 maggio 2011, volta ad istituire norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, appariva evidente come l'attenzione del legislatore comunitario fosse rivolta soprattutto ai rischi di un'ulteriore vittimizzazione alla quale può essere esposta la vittima nel corso di un processo riparativo.⁹⁸

Se più equilibrata, ancorchè molto ampia, appariva la formulazione adottata dal Consiglio nel delineare gli obiettivi generali dell'azione in materia, proposta a livello di Unione Europea, nell'ambito di una "tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime di reato, in particolare nei procedimenti penali", approvata con la Risoluzione del 10 giugno 2011, incoraggiando "il ricorso alla giustizia riparativa e a metodi alternativi di risoluzione delle controversie che

⁹⁶ Come ricordato nella relazione alla proposta di Direttiva di cui si andrà ora a parlare, nella Raccomandazione del Parlamento europeo, del 7 maggio 2009, sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'Unione europea (INI/2009/2012), è stato invitato il Consiglio ad adottare un quadro giuridico completo che offra alle vittime di reato la più ampia protezione (in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:212:0116:01:IT:HTML>). Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

⁹⁷ Nel 9° Considerando della Direttiva si parla di reato come non soltanto un torto alla società, "ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime".

⁹⁸ Il testo originario della proposta di Direttiva che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato 2011/0129 (COD) è consultabile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0275:FIN:IT:HTML>. Nella Relazione si legge che lo scopo del futuro Articolo 11 (oggi Art.12) (Diritto a garanzie nel contesto della mediazione e di altri servizi di giustizia riparativa) "è garantire che, laddove siano forniti questi servizi, siano state predisposte garanzie per evitare un'ulteriore vittimizzazione della vittima derivante da tali processi. Occorre quindi che questi servizi pongano al centro gli interessi e le esigenze della vittima, il riparare il pregiudizio da essa subito e l'evitare ulteriori pregiudizi. È opportuno che la partecipazione della vittima sia volontaria, cosa che implica anche che essa abbia sufficiente conoscenza dei rischi e dei vantaggi per poter fare una scelta informata. Significa inoltre che, nell'affidare un caso alla giustizia riparativa e nello svolgere un processo di questo genere, occorre tenere conto di fattori, come gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di fare una scelta informata o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito. Se in linea generale i procedimenti a livello privato, se non concordato diversamente, devono essere riservati, si può ritenere che elementi come minacce fatte in questi contesti debbano venire segnalati nell'interesse generale. È opportuno, in conclusione, che ogni accordo fra le parti sia raggiunto volontariamente." Molti di questi passaggi sono ora contenuti nel 46° Considerando della Direttiva 2012/29/UE.

tengano conto dell'interesse della vittima",⁹⁹ il testo definitivo della citata Direttiva 2012/29/UE conferma un approccio a tali strumenti caratterizzato da un'inedita, e forse eccessiva, cautela.

E' necessario precisare, innanzitutto, che, rispetto alla Decisione quadro, non si parla esclusivamente di mediazione penale, ma, più ampiamente, di "servizi di giustizia riparativa", per comprendere, almeno negli intenti, processi riparativi meno noti in ambito europeo, come il dialogo esteso ai gruppi parentali o i consigli commisurativi (46° Considerando).¹⁰⁰ La definizione di tali servizi offerta oggi dalla Direttiva (Art. 1 lett. d: "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale") – frutto di una modifica apportata al testo della Proposta¹⁰¹ – appare però poco coerentemente modellata su quella formulata, esclusivamente per la mediazione penale, dalla Raccomandazione No. R. (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con il rischio di generare ulteriore confusione a riguardo.¹⁰²

Al di là di questo profilo, l'art. 12 della Direttiva, che pur richiede agli Stati membri di facilitare "il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa, anche stabilendo procedure o orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio", impone che tali servizi siano "utilizzati solo se sono nell'interesse della vittima" e siano "basati sul consenso libero e informato" della medesima, raccolto dopo un'informazione approfondita sui procedimenti e sui loro esiti potenziali, nonché addirittura sulle modalità di controllo nell'esecuzione di un eventuale accordo. Le

⁹⁹ Cfr. il testo della Risoluzione del Consiglio dell'U.E., del 10 giugno 2011, relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:187:0001:01:IT:HTML>.

¹⁰⁰ Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 6.

¹⁰¹ La Proposta li definiva come "servizi che hanno lo scopo di mettere in contatto la vittima e l'accusato per farli raggiungere un accordo volontario sul modo in cui affrontare il pregiudizio derivante dal reato" e la modifica è stata apportata a seguito dei corretti rilievi del Comitato economico e sociale europeo, in sede di formulazione del parere richiesto dalla Commissione europea e dal Consiglio, che evidenziava che "la giustizia riparativa può essere esercitata in diversi modi che non comportano la partecipazione diretta o il confronto tra le persone". Cfr. il testo del Parere del Comitato economico e sociale europeo (votato in data 7 dicembre 2011) in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:043:0039:01:IT:HTML>.

¹⁰² Come già ricordato, "procedimento che permette alla vittima ed al reo di partecipare attivamente, se lo consentono con libertà, alla soluzione dei problemi che il reato ha comportato, con l'aiuto di un terzo imparziale, il mediatore." F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4, evidenzia come, nella mediazione, effettivamente la comunità non intervenga direttamente nel conflitto.

disposizioni, contenute nel medesimo articolo, in merito alla necessità che i servizi siano sicuri e competenti, al previo riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte del reo (autore del reato), alla volontarietà dell'accordo raggiunto, di cui si potrà tener conto in ogni eventuale procedimento penale, ed agli obblighi di riservatezza, appaiono invece in gran parte corrispondenti alle linee guida già formulate.

I servizi di giustizia riparativa, così, sono effettivamente considerati come strumenti di “grande beneficio”¹⁰³ per la vittima, che diventa “protagonista nella definizione dei conflitti”,¹⁰⁴ ed un modo per rispondere alle sue esigenze, per riparare il danno subito ed evitare ulteriori danni - tanto da dover essere resi noti tempestivamente alla medesima fin dal primo contatto con un'autorità competente (art. 4)¹⁰⁵ - ma, rispetto al dettato della Decisione quadro, le cautele, i timori, le riserve sono tali e tanti da indebolire gli stimoli di ricorso ad essi.

A riguardo, si è parlato di una sorta di “apertura condizionata” nei confronti della *restorative justice*.¹⁰⁶

Non vi è dubbio che la tutela della vittima deve rimanere un obiettivo prioritario, anche nell'ambito di un processo riparativo, nei termini definiti dalla Direttiva. Ci sembra tuttavia indispensabile sottolineare come i timori di una vittimizzazione secondaria e ripetuta – che traspaiono dal testo attuale dell'atto normativo – possano essere in gran parte superati,¹⁰⁷ con il, già richiesto, rigoroso

¹⁰³ Cfr. 46° Considerando della Direttiva.

¹⁰⁴ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 21.

¹⁰⁵ S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 3.

¹⁰⁶ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 7.

¹⁰⁷ Un tanto vale soprattutto se non si è in presenza di una vittima particolarmente vulnerabile o in una situazione che la esponga particolarmente a un rischio elevato di danno. Si legge, nel 38° Considerando della Direttiva 2012/29/UE: “Alle persone particolarmente vulnerabili o in situazioni che le espongono particolarmente a un rischio elevato di danno, quali le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono dovrebbero essere fornite assistenza specialistica e protezione giuridica. I servizi di assistenza specialistica dovrebbero basarsi su un approccio integrato e mirato che tenga conto, in particolare, delle esigenze specifiche delle vittime, della gravità del danno subito a seguito del reato, nonché del rapporto tra vittime, autori del reato, minori e loro ambiente sociale allargato. Uno dei principali compiti di tali servizi e del loro personale, che svolgono un ruolo importante nell'assistere la vittima affinché si ristabilisca e superi il potenziale danno o trauma subito a seguito del reato, dovrebbe consistere nell'informare le vittime dei diritti previsti dalla presente direttiva cosicché le stesse possano assumere decisioni in un ambiente in grado di assicurare loro sostegno e di trattarle con dignità e in modo rispettoso e sensibile. I tipi di assistenza che questi servizi specialistici dovrebbero offrire potrebbero includere la fornitura di alloggi o sistemazioni sicure, assistenza medica immediata, rinvio ad esame medico e forense a fini di prova in caso di stupro o aggressione sessuale, assistenza psicologica a breve e lungo termine,

accertamento della formulazione di un consenso informato e libero alla partecipazione da parte di chi ha subito il reato¹⁰⁸ e con l'intervento di un mediatore che, a differenza di molti altri operatori, dovrebbe essere una figura adeguatamente formata a rapportarsi con la persona offesa oppure nelle ipotesi in cui non si dia corso, spesso nell'interesse del soggetto più debole,¹⁰⁹ ad un confronto diretto tra i protagonisti coinvolti, ma ci si limiti a valorizzare, con riflessi processuali e sanzionatori diversi a seconda del tipo di reato, il comportamento positivo del reo, anche per evitare discriminazioni a danno di quest'ultimo. Come è stato rilevato, il rischio potrebbe essere altrimenti quello, contrario, di una strumentalizzazione, ai danni del reo, della "pur giusta esigenza di protezione della vittima".¹¹⁰

2. La giustizia riparativa in alcuni ordinamenti europei

Nel contesto europeo, la mediazione rappresenta l'unico processo riparativo concretamente attivato.¹¹¹

trattamento del trauma, consulenza legale, patrocinio legale e servizi specifici per i minori che sono vittime dirette o indirette di reati." L'art. 22, invece, prevede che le vittime siano oggetto di valutazione individuale per determinare se ed in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento. Alcune categorie di vittime (terrorismo, criminalità organizzata, tratta di esseri umani, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o sfruttamento sessuale, reati basati sull'odio e vittime con disabilità) sono oggetto di debita considerazione, mentre si presume che i minori abbiano sempre specifiche esigenze di protezione. F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 8, evidenzia la cautela della direttiva nelle ipotesi di particolari condizioni di vulnerabilità della vittima.

¹⁰⁸ Proprio a tal fine, nel 46° Considerando, si richiede di tener conto, nell'affidare un caso ai servizi di giustizia riparativa "di fattori come la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di prendere decisioni consapevoli o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito." Cfr. altresì S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 7.

¹⁰⁹ L'art. 19 della Direttiva, inserito nel capo IV, dedicato alla "protezione delle vittime e riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione", riconosce il diritto delle vittime all'assenza di contatti con l'autore del reato.

¹¹⁰ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, cit., 206 s., il quale si sofferma sulla necessità di evitare che i due assi fondamentali dello spazio giudiziario penale post Lisbona (i diritti della persona nella procedura penale ed i diritti delle vittime della criminalità) crescano in modo asimmetrico; aggiornare la "disciplina sulle vittime senza prima creare un contrappeso adeguato sul versante delle garanzie procedurali può essere prematuro e pericoloso".

¹¹¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 197.

Essa è stata sperimentata a partire dagli anni Ottanta, ma nell'ultimo decennio del secolo scorso, anche in conseguenza delle già descritte iniziative sovranazionali, il numero di programmi e di casi trattati è cresciuto sensibilmente.¹¹²

La mediazione ha quindi cominciato a ricevere un supporto normativo: in alcuni ordinamenti, come quello francese e quello tedesco, che approfondiremo per quanto riguarda il campo degli adulti, essa è stata riconosciuta legislativamente ed inserita nel codice di procedura penale e/o nel codice penale, da sola o unitamente alla riparazione.¹¹³

A tale riguardo, è necessario tener presente alcuni problemi fondamentali. Da un lato, si può porre la questione di come e quanto normare il processo riparativo in conformità ai principi analizzati nell'ambito delle linee guida sovranazionali; dall'altro, soprattutto nell'approccio alla giustizia riparativa che interessa il presente studio, ci si deve interrogare sui suoi rapporti con il sistema tradizionale, sia per quanto riguarda le modalità di ingresso nel percorso mediativo, che per quanto attiene ai suoi effetti.

Così, se per i Paesi in cui vige un modello caratterizzato dal principio di discrezionalità dell'azione penale, il problema della rilevanza sostanziale e processuale dei programmi in materia è normalmente meno sentito, per gli altri ordinamenti è importante considerare anche le soluzioni legislative con le quali è stato declinato il dovere, per il pubblico ministero e per il giudice, di tener conto del percorso di mediazione e comunque di eventuali esiti riparativi, come richiesto dai documenti sovranazionali.¹¹⁴

L'indagine comparata verrà condotta con riferimento ad alcuni Paesi dell'Europa continentale, culturalmente vicini al nostro, per cercare di capire in che modo gli strumenti della giustizia riparativa si sono integrati in sistemi – come quello italiano – in cui vigono strutture dogmatiche e principi giuridici più lontani da quelli propri dei Paesi di *common law*, dove la *restorative justice* è nata.¹¹⁵ Si farà riferimento alla Francia, alla Germania ed alla Spagna, in considerazione – quanto al

¹¹² I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, cit., 291 s.

¹¹³ K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 29 s.

¹¹⁴ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, cit., 208.

¹¹⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 195.

nostro oggetto di studio – del loro diverso e crescente, nell'ordine indicato, grado di omogeneità con i caratteri fondamentali del nostro ordinamento, soprattutto in taluni profili del modello processuale adottato.

2.1 La giustizia riparativa in Francia

2.1.1 Origine delle pratiche mediative francesi in ambito penale. Inquadramento dell'istituto della mediazione

A partire dalla metà degli anni Ottanta, in Francia la mediazione penale è stata sperimentata in virtù di iniziative individuali, promosse spesso da magistrati e da operatori sociali all'interno di alcune realtà locali, come risposta alternativa alle disfunzioni della giustizia tradizionale.¹¹⁶ Le esperienze di pratiche riparative ormai radicate in Canada (soprattutto nel Québec) e negli Stati Uniti¹¹⁷ hanno esercitato un'influenza decisiva sui promotori di questo processo, ma non deve essere dimenticato il ruolo svolto dalla dottrina. La mediazione costituisce, infatti, un tema sul quale molti autori francesi, pionieristicamente, se si considera il continente europeo, si sono confrontati con abbondanza di pubblicazioni.¹¹⁸

¹¹⁶ Uno dei primi e più noti esempi è quello del procuratore Apap, che nel 1985, a Valence, attiva alcuni significativi programmi di mediazione di quartiere. Cfr. A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 20; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 220; P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 132 e J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^o Ed., Paris, Édit. Cujas, 2011, 526.

¹¹⁷ J. FAGET, *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, in I. AERTSEN, T. DAEMS, L. ROBERT (ed. by), *Institutionalizing Restorative Justice*, Cullompton, Willan, 2006, 151, afferma tuttavia che il concetto di giustizia riparativa non è familiare ai teorici ed ai pratici francesi.

¹¹⁸ Cfr., tra gli altri, J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, 2010, 37 ss.; ID., *La médiation: une justice douce*, cit., 93 ss.; ID., *La médiation sociale et pénale*, in AA.VV. *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Editions érès, 2002, 15 ss.; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 75 ss.; ID., *La double vie de la médiation*, in *Droit et Société*, 1995, n. 29, 25 ss.; ID., *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, in M. JACCOUD (sous la dir. de), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris, L'Harmattan, 2003, 227 ss.; ID., *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, cit., 155 ss.; ID., *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, in P. MARY (sous la direction de), *Travail d'intérêt général et médiation pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 67 ss.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 97 ss.; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 99 ss.; S. JACQUOT, Y. CHARPENEL, *La justice réparatrice*, Paris, L'Harmattan, 2012, 39 ss.; P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, 2^o Ed., Paris, L'Harmattan, 2004, 15 ss.; J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, cit., *passim*. Gran parte degli

Quanto al già citato rapporto con il sistema processuale, è indispensabile precisare da subito che tali, pur faticosi, percorsi di sperimentazione all'interno della giustizia tradizionale sono stati in gran parte consentiti, ed in qualche modo sollecitati, proprio dalla vigenza in tale ordinamento del principio di opportunità dell'azione penale.

Tale principio, in Francia, non è espressamente regolato da una norma *ad hoc*, ma si è imposto e vige su base consuetudinaria,¹¹⁹ “giustificato, più che previsto, dalla disposizione di cui all'art. 40 c.p.p., che attribuisce al Procuratore della Repubblica il potere di esaminare e valutare la *notitia criminis* che, sotto qualsiasi forma (denuncia, rapporto, ecc.), gli giunga”.¹²⁰ La dottrina francese sostiene infatti che la lettera della norma consente un'interpretazione favorevole all'opportunità, visto che l'articolo è formulato in questi termini: “il Procuratore della Repubblica riceve le querele e le denunce e valuta che seguito darvi”.¹²¹

Proprio all'ombra della libertà riconosciuta agli organi dell'accusa, in contrapposizione alle pur sempre frequenti ipotesi di archiviazione semplice o secca (*classement sans suite*), i pubblici ministeri hanno iniziato a preoccuparsi di offrire una qualche risposta “graduata” alla domanda di giustizia formulata dai cittadini – soprattutto in casi di microdelinquenza urbana – ed a farsi carico delle ragioni della persona offesa, troppo spesso dimenticata e frustrata da sentimenti di ingiustizia ed insicurezza,¹²² attivando dei percorsi mediativi, condotti dallo stesso procuratore o da

autori citati (che si interessano di branche diverse del sapere: sociologia del diritto, filosofia, diritto penale) affrontano con grande sensibilità il tema della mediazione, quale nuovo modello di regolazione dei conflitti, anche in ambito penale.

¹¹⁹ Nel 2004, peraltro, il principio (come vedremo a breve) ha subito delle limitazioni, con l'introduzione dell'art. 40-1. Oggi, l'art. 40 c.p.p. ha il medesimo contenuto riportato nel testo, con l'aggiunta tuttavia della precisazione “in conformità alle disposizioni dell'art. 40-1”.

¹²⁰ C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 469, il quale si sofferma anche sul diffuso atteggiamento positivo della dottrina francese verso questo principio. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Paris, Ed. Economica, 2009, 716, parlano di norma “laconica”.

¹²¹ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 515. L'Autore peraltro evidenzia come il principio di opportunità operi fino al momento dell'esercizio dell'azione penale; successivamente, il procedimento può concludersi solo con una pronuncia del giudice. Cfr. anche V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., 165; M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, in *Ind. Pen.*, 1995, n.1, 188; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 23° Ed., Paris, Ed. Dalloz, 2012, 583. La traduzione in italiano delle norme redatte in lingua francese è mia.

¹²² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 726; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 99; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., 75; M. GUILBOT, S. ROJARE, *La participation du Ministère Public a la Médiation*, in *Arch. Pol. Cr.*, 1992, 39 ss.; F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di*

terzi delegati, prima di giungere a non esercitare l'azione penale, di norma a seguito di prestazioni riparatorie concordate in quella sede.¹²³

Soprattutto in forza di accordi stipulati con l'autorità giudiziaria, cominciavano a sorgere le prime strutture (associazioni) specializzate nella gestione dei conflitti attraverso programmi di mediazione, ma l'attivazione di tali progetti era lasciata agli attori locali.¹²⁴ In mancanza di testi normativi che disciplinassero il ricorso a tali procedure, si correva così il rischio di violare il principio di uguaglianza.¹²⁵

Nel 1992 la mediazione in materia penale veniva riconosciuta in un testo ufficiale: un documento di orientamento, che accompagnava una circolare ministeriale relativa alle *risposte alla delinquenza urbana*, con il quale di fatto si dava conto dell'esistenza di queste pratiche, raccomandando la partecipazione dell'autorità giudiziaria alle iniziative di mediazione, secondo modelli di convenzione definiti.¹²⁶ Come campo di applicazione privilegiato per tale strumento

prossimità, in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, 6; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 131.

¹²³ Cfr. M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 196; ID., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 102 s.; C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, 81; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 41; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1753; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe. Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe (Final Report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147)* (2008), in <http://www.euforumrj.org>, 79; R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, in Y. MORHAIN (sous la direction de), *Médiation et lien social*, Revigny-sur-Ornain, Hommes et Perspectives, 1998, 79 ss.; J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 950.

¹²⁴ A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, cit., 21, colloca in questo periodo anche la nascita delle prime "Maisons de justice et du droit", strutture giudiziarie dislocate sul territorio, in quartieri sensibili, che hanno come obiettivo quello di riportarvi il diritto, attraverso il ricorso a strumenti particolari, quali, tra gli altri, la mediazione. In alcune di queste strutture la mediazione viene delegata alle associazioni, mentre in altre è il procuratore a gestire la procedura. Grazie ad una legge del 18 dicembre 1998, esse saranno riconosciute ed istituzionalizzate come realtà, distinte dal palazzo di giustizia, che "assicurano una presenza giudiziaria "di prossimità" e contribuiscono alla prevenzione della delinquenza, all'aiuto alle vittime ed all'accesso al diritto. Le misure alternative di trattamento penale e le iniziative che promuovono una risoluzione conciliativa dei conflitti possono svolgersi in questi istituti". Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 525; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 539.

¹²⁵ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 103.

¹²⁶ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165. Come illustra F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 142, questo momento è stato tuttavia visto, dai

venivano indicati i reati verificatisi nell'ambito di conflitti familiari, di vicinato o, più in generale, di conflitti relazionali.¹²⁷

La consacrazione legislativa (o definitiva "istituzionalizzazione")¹²⁸ della mediazione in materia penale interveniva con la legge n. 2 del 4 gennaio 1993, che tuttavia ne dava "una regolamentazione assai sintetica e scarna",¹²⁹ con la conseguenza che le modalità attuative continuavano ad essere affidate alla prassi.

L'art. 41 c.p.p. veniva infatti integrato con un periodo (ultimo comma) del seguente tenore letterale: "Il procuratore della Repubblica può, prima di decidere in merito all'azione penale e con l'accordo delle parti, scegliere di ricorrere ad una mediazione, se gli sembra che una tal misura possa assicurare la riparazione del danno causato alla vittima, mettere fine al turbamento (allarme sociale) suscitato dal reato, e contribuire al reinserimento dell'autore del fatto".¹³⁰

Nonostante le perplessità di coloro che coglievano in tale processo il rischio di un ingiustificato ampliamento degli strumenti di controllo, una sorta di "penalizzazione del sociale",¹³¹ l'evoluzione era stata significativa: il magistrato – al quale spettava l'iniziativa in materia, anche se nulla impediva che l'indagato potesse suggerirla¹³² – aveva ora, anche in base ad un'espressa previsione normativa (seppure poco dettagliata), la possibilità di procedere all'archiviazione dopo aver attivato un percorso alternativo. Egli aveva arricchito gli strumenti a propria disposizione, aveva aperto una "terza via": non era più chiamato solo a valutare

critici dell'istituzionalizzazione, come la prima risposta ufficiale alla deformalizzazione, nel tentativo di elaborare una strategia progressiva di controllo della mediazione da parte delle istituzioni.

¹²⁷ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 17; T. LEBÉHOT, *La cadre juridique de la médiation pénale*, in *AJ Pénal*, 2011, 216 ss.

¹²⁸ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 37; A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, cit., 29; M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 197. Per una riflessione approfondita sul tema cfr. J. FAGET, *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, cit., 227 ss.

¹²⁹ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 104. Nello stesso senso cfr. J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 45.

¹³⁰ Cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 638 s.; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 98; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 225; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 53; A. WYVEKENS, *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, cit., 23; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2006, 133.

¹³¹ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 103; F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, cit., 7. Cfr. sul punto le riflessioni di J. FAGET, *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, cit., 80 ss.

¹³² J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 526.

l'alternativa tra rinviare a giudizio od archiviare semplicemente.

Attivando la procedura di mediazione, infatti, il pubblico ministero non esercita l'azione penale. Il rinvio a giudizio può essere disposto – ma non necessariamente¹³³ – nel caso di fallimento della mediazione o se il magistrato ritiene che l'accordo non sia soddisfacente, poichè al procuratore non è imposto di archiviare sempre, in caso di esito positivo. L'archiviazione, poi, non è comunque definitiva (entro il limite temporale della prescrizione) e quindi non impedisce il successivo esercizio dell'azione penale.¹³⁴

Tali profili giuridici sono indubbiamente delicati e si ritiene che debbano essere adeguatamente comunicati alle parti, prima di dar corso alla procedura, in sede di raccolta del loro indispensabile consenso.¹³⁵

Alcune precisazioni appaiono, tuttavia, fin d'ora necessarie.

Quanto alle parti coinvolte nella mediazione, da una parte vi è l'indagato e, dall'altra, la “vittima” (*victime*).

Il termine “vittima” viene utilizzato in Francia con grandissima frequenza nei testi normativi, per indicare soprattutto la parte civile, anche se vi è una certa consapevolezza, nella dottrina più attenta, sulla natura non giuridica del termine.¹³⁶ L'azione civile, in forza dell'art. 2 c.p.p., può essere esercitata nel processo penale da tutti coloro che abbiano “personalmente sofferto un danno cagionato direttamente dal reato”, in via di intervento o in via di azione vera e propria¹³⁷. In quest'ultimo caso, essa è in grado di mettere in moto l'azione pubblica, se non è stata esercitata

¹³³ M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 197.

¹³⁴ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 166; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 23. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 735; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 77; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 77; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 104, evidenzia una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*. P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 152, ritiene che questa conclusione sia obbligata, in forza del disposto dell'art. 2046 c.c., il quale stabilisce che la transazione sugli interessi civili che derivano da un delitto non impedisce l'esercizio dell'azione penale. Così anche P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 51.

¹³⁵ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 639; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 166; R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, cit., 84; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1753; P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 20; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 79.

¹³⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 214, riconosce che una persona possa essere una vittima, senza poter esercitare l'azione civile nel processo penale.

¹³⁷ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 112; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 240 s.

dal p.m., ma in generale ad essa viene riconosciuta una natura mista, sia penale che civile (è rivolta ad un duplice scopo: ottenere un giudizio sulla colpevolezza ed ottenere la riparazione del pregiudizio subito).¹³⁸ Rispetto all'ordinamento italiano, ciò complica il quadro di riferimento, soprattutto se si considera che la figura della "persona offesa", in quanto tale, non è delineata dalla dottrina francese e viene fatta necessariamente confluire in quella della "vittima".¹³⁹

Secondo l'interpretazione più diffusa nella giurisprudenza francese, date le descritte prerogative penali, si considera "ricevibile" la costituzione di parte civile solo a seguito di un'attenta valutazione dei suoi presupposti e comunque, almeno per le persone fisiche, solo in ipotesi in cui il soggetto in questione abbia effettivamente subito un danno personale e diretto.¹⁴⁰ Non c'è però alcun dubbio circa il fatto che con il termine "vittima" non ci si riferisce solo a soggetti che potrebbero qualificarsi, nel nostro ordinamento, come titolari del bene giuridico tutelato.¹⁴¹

¹³⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., parla di "Giano Bifronte": l'azione ha due visi, due finalità, due nature. Come rileva V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 113, in caso di assoluzione dell'accusato in sede penale, è comunque possibile che la Corte si esprima favorevolmente sulla domanda di riparazione, quando risulta dagli atti che egli è civilmente responsabile. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 138.

¹³⁹ Si parla di vittima, ad esempio, nel codice penale (art. 113-7), in tema di diritto penale nello spazio, con riferimento all'applicabilità della legge francese nell'ipotesi in cui un reato sia commesso all'estero a danno di un francese. In dottrina, ci si riferisce alla vittima, trattando del consenso come di un'assai dubbia causa di giustificazione, eventualmente non codificata (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3° Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2010, 430; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 16° Ed., Paris, Ed. Economica, 2009, 88 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 18° Ed., Paris, Édit. Cujas, 2010, 443 ss.) o dell'*aberratio ictus* (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 242). Con riferimento alla figura, sconosciuta, della persona offesa, il contributo di X. PIN, *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2003, 259 ss., può essere indirettamente d'aiuto alla comprensione della peculiarità francese. Egli si sofferma, infatti, sul diritto tedesco, che riconosce al consenso dell'avente diritto un'efficacia giustificante, anche se essa non è codificata per tutti i beni individuali. L'efficacia scriminante del consenso in questo ordinamento si spiegherebbe, secondo l'autore, in forza della teoria del bene giuridico, elaborata dai giuristi tedeschi, e della concezione per la quale i beni individuali sono disponibili. In Francia, al contrario, dove si giunge, secondo i più, ad una conclusione opposta in tema di consenso, mancando una base normativa, il diritto penale viene inteso come rivolto prioritariamente alla tutela dell'ordine pubblico. Ecco allora che, non essendosi imposta la nozione di bene giuridico, quella di persona offesa, come titolare dello stesso, non ha rilevanza. Sui profili terminologici cfr. altresì M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 189.

¹⁴⁰ M.G. AIMONETTO, *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, cit., 190. Solo a seguito di una lunga evoluzione giurisprudenziale è stata riconosciuta, alle persone giuridiche, la titolarità dell'azione, in caso di interessi collettivi: V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 112.

¹⁴¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 233 ss. Come ha affermato la giurisprudenza (Crim., 23.05.1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, Somm., 95) i famigliari (nella specie, la moglie), di chi ha subito un reato contro l'integrità fisica, che lamentino un danno morale a seguito dello "spettacolo" offerto loro dallo stato fisico o psichico del congiunto, derivante dalle gravi ferite infertegli, possono costituirsi parte civile. Come ben evidenzia C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 136

Quanto, poi, ai rapporti con la giustizia ufficiale, appare chiaro come la mediazione sia nata come strumento rivolto ad offrire una qualche risposta istituzionale a conflitti penalmente rilevanti che altrimenti sarebbero stati in massima parte destinati all'oblio, attraverso l'archiviazione secca.¹⁴²

Così, non stupisce che le riflessioni della dottrina siano state rivolte con grande sensibilità verso la valorizzazione di questi strumenti per favorire una concezione relazionale della giustizia, ma manchino studi orientati ad approfondire il rapporto tra la mediazione/riparazione ed i fini della pena o comunque a ricercare un fondamento di carattere sostanziale alla non punibilità in forza di condotte positive di natura riparatoria.¹⁴³

A tale riguardo, del resto, il sistema penale francese aveva già, in qualche modo, espresso un proprio orientamento, che il legislatore del 1993 ha mostrato di considerare. Infatti, anche se tale connessione non è sempre rimarcata in dottrina,¹⁴⁴ almeno in questa prima fase, i presupposti (visti come fini da perseguire) del ricorso alla mediazione (riparazione del danno, eliminazione del turbamento sociale provocato dal reato e rieducazione del reo) corrispondono integralmente a quelli che, una volta conseguiti, già giustificano, nel diritto sostanziale francese, dal 1975, la "dispensa da pena", disciplinata dall'art. 132-59 c.p. Trattasi di un istituto che consente al giudice di non applicare la pena – o di rinviare prima di non applicarla, in attesa dell'integrazione dei presupposti (artt. 132-60 ss. c.p.) – in presenza di un delitto o di una contravvenzione (mai di un crimine), pur a seguito di una pronuncia di colpevolezza.¹⁴⁵ La dottrina francese si è espressa favorevolmente in merito a questa facoltà riconosciuta al giudice in quanto, nei casi di specie, nonostante la condanna, la sanzione non apporterebbe alcun contributo, né sul piano individuale, né su quello sociale. Come è stato precisato, la pena, spogliatasi di una veste

ss., però, a questa interpretazione, oggi pacifica, la Cassazione è giunta con molta fatica, dopo aver a lungo escluso la costituzione di parte civile dei familiari e, comunque, essa richiede che l'azione penale sia già stata esercitata.

¹⁴² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 727.

¹⁴³ In un breve passaggio, comunque, J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 460 s., indica la riparazione del danno tra le funzioni della pena, come risposta ad esigenze pratiche, nonostante ciò possa "urtare" i teorici. P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 24, valorizza, invece, la mediazione in una prospettiva di prevenzione speciale.

¹⁴⁴ R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 110 inserisce, però, la dispensa da pena tra le sanzioni riparative.

¹⁴⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 532 ss.; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 956 s.

strettamente retributiva, è uno strumento positivo rivolto al presente o al futuro, non al passato.¹⁴⁶

Per concludere, anche a prescindere da tale profilo, se si può riconoscere che in Francia, nel diritto penale degli adulti, si sono in qualche modo sviluppate forme di archiviazione “condizionata”, volte a conseguire vantaggi processuali,¹⁴⁷ non si deve dimenticare che, almeno agli inizi, la grande libertà riconosciuta al pubblico ministero già consentiva un’agile deflazione processuale e proprio la volontà di riscoprire, nonostante questi strumenti, una dimensione conciliativa, una giustizia più dolce e più umana,¹⁴⁸ dando voce alla vittima,¹⁴⁹ ha stimolato la sperimentazione, poi istituzionalizzata, di nuove pratiche.

2.1.2 L'attuale disciplina normativa della mediazione penale

La disciplina attuale della mediazione penale è principalmente frutto della legge 99-515 del 23 giugno 1999, con la quale è stata offerta una costruzione normativa molto articolata delle soluzioni alternative al *classement sans suite*, prevedendone in dettaglio le modalità di applicazione. In forza del dato normativo previgente, infatti, si era venuta a creare una certa confusione tra il concetto di mediazione e quello, generico, di “terza via”, rispetto all’esercizio dell’azione penale ed all’archiviazione.¹⁵⁰ Ogni prestazione richiesta all’indagato per evitare il rinvio a giudizio veniva erroneamente denominata “mediazione”.¹⁵¹

Con tale legge, che formalmente abrogava l’art. 41 nella parte relativa alla mediazione, venivano così ad essere distintamente riconosciute nell’art. 41-1 c.p.p. – insieme alla procedura riparativa nota – le diverse soluzioni alternative alla mediazione stessa, alle quali l’archiviazione già veniva fatta seguire per scelta della procura: il richiamo dell’autore del reato agli obblighi previsti dalla legge, il suo orientamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale (per la

¹⁴⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 550.

¹⁴⁷ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 82.

¹⁴⁸ F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, cit., 5; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 102.

¹⁴⁹ R. MOREY, *Aspects juridiques de la médiation pénale*, cit., 83.

¹⁵⁰ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 28; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 77.

¹⁵¹ J. FAGET, *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, cit., 159; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 33.

partecipazione, in caso di reato commesso alla guida di un veicolo, ad uno *stage* di sensibilizzazione sulla sicurezza stradale), la proposta rivolta all'autore dei fatti di regolarizzare la propria posizione nei confronti della legge e dei regolamenti, la richiesta allo stesso di riparare il danno ed infine, con il consenso delle parti, l'attivazione di una procedura di mediazione autore-vittima del reato.¹⁵²

Quest'ultima procedura riparativa diventava una delle tante ipotesi riconducibili alla "terza via".

Dal testo normativo risulta chiaro che le richieste devono precedere la decisione del pubblico ministero in merito all'azione penale (*préalablement à sa décision sur l'action publique*),¹⁵³ il cui esercizio viene ad essere in qualche modo sospeso – così come la prescrizione dell'azione penale – mentre non vi è una previsione tassativa dei reati per i quali tale disposizione può essere applicata, ma soltanto la riproposizione dei parametri già presenti nella precedente versione dell'art. 41-1 c.p.p.: riparazione del danno, cessazione del turbamento sociale provocato dal reato e risocializzazione del suo autore. A differenza del testo abrogato, però, le citate finalità – non si sa se in conseguenza di una scelta consapevole del legislatore della riforma¹⁵⁴ – in presenza della ragionevole possibilità di raggiungimento delle quali le prestazioni possono essere richieste o la mediazione attivata, sono poste in alternativa tra loro, rendendo di fatto molto più agevole, per il pubblico ministero, ricorrere agli strumenti delineati dalla norma in esame. Secondo la dottrina francese, il parametro della riparazione del danno avrebbe comunque un ruolo assolutamente predominante.¹⁵⁵

¹⁵² Il catalogo delle "misure" è rimasto fino ad oggi sostanzialmente invariato, salvo che per l'aggiunta, nel 2006, della prescrizione di non risiedere nella casa familiare e/o di non avvicinarvisi in ipotesi di reati commessi ai danni dei familiari e per alcune integrazioni, in tempi diversi, della misura relativa all'orientamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale. Cfr. B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 584; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 227; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 108; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 727; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 133; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 21 s.

¹⁵³ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 18. R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 105 si chiede se questa tempestività di intervento non sia eccessiva rispetto ai tempi naturali di cui la vittima ha bisogno per accettare consapevolmente la procedura.

¹⁵⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 527, nt. 2.

¹⁵⁵ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 728; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 109. Con l'alternatività tra i parametri è stata introdotta una differenza importante rispetto alla disciplina della dispensa da pena.

La “mediazione penale” deve essere distinta dalla “composizione penale”, disciplinata dagli artt. 41-2 e 41-3 c.p.p. ed introdotta sempre con la legge del 1999, emendata poi nel 2002 e nel 2004.¹⁵⁶ Tale istituto – che è stato definito come l’espressione più grave della “terza via”, prossima all’esercizio dell’azione penale¹⁵⁷ – consiste in una forma di estinzione dell’azione penale,¹⁵⁸ per le ipotesi in cui l’indagato abbia riconosciuto la propria responsabilità, che deve essere ratificata giudizialmente¹⁵⁹ ed è subordinata a rigide prescrizioni (tra le altre: versare una somma allo Stato, non uscire dal territorio nazionale, svolgere un lavoro di pubblica utilità non retribuito, seguire uno stage formativo). Al ricco elenco di queste ultime, entro il quale il pubblico ministero può scegliere una o più misure, si aggiunge obbligatoriamente – qualora la vittima sia identificata – anche la riparazione (ma non la mediazione).¹⁶⁰

La “composizione penale” può essere collocata nell’ambito delle modalità alternative di definizione del procedimento penale, ma poco rileva per lo studio che stiamo conducendo, in quanto è del tutto assente la dimensione relazionale almeno nella forma di una spontanea responsabilizzazione del reo nei confronti della vittima, mediante una condotta positiva: l’indagato – che è altrimenti certo di andare incontro non solo ad un procedimento penale, ma, normalmente, ad una vera e propria condanna, essendosi riconosciuto colpevole – si vede “prescrivere” delle condotte, alle quali si aggiunge la riparazione, come sanzioni anticipate,¹⁶¹ in termini ancora più rigidi di quanto avviene, come vedremo, nell’ordinamento tedesco, con

¹⁵⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84.

¹⁵⁷ J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 528; ID., *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, cit., 952.

¹⁵⁸ Altre cause di estinzione dell’azione penale sono la morte del reo, la prescrizione, il ritiro della querela: V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 168.

¹⁵⁹ Si tratta di un profilo fondamentale, in quanto la Corte Costituzionale francese si era già espressa nel 1995, dichiarando (in via preliminare) l’incostituzionalità della disciplina dell’*injonction pénale*, che estingueva l’azione penale, a seguito di prestazioni che incidevano sulla libertà personale, senza un avallo giudiziale. Cfr. J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, cit., 955.

¹⁶⁰ Il campo di applicazione è molto ampio: salve limitate esclusioni, le contravvenzioni ed i delitti puniti con una pena pecuniaria o con una pena detentiva di durata inferiore o uguale a cinque anni. Sono esclusi i crimini. Cfr. B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 586.

¹⁶¹ In questi termini, C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 85. Non molto distante: F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 732, che parlano di pene complementari. Per una riflessione critica, proprio sul punto, legata al rischio di un’incontrollata privatizzazione del processo penale, in conseguenza della possibilità di infliggere una pena senza dar corso ad un giudizio cfr. E. MATHIAS, *Alternatives punitives consensuelles: leurres et travers de la répression volontaire*, in *Gaz. Pal. Rec.*, 2006, doct., 2831 ss.

l'archiviazione condizionata o provvisoria.¹⁶² Se, come è stato evidenziato, tra forme di giustizia “negoziata” e forme di giustizia “imposta” si scorgono parecchie interazioni,¹⁶³ nell'istituto in esame il profilo dell'imposizione prevale nettamente.

In caso di composizione penale, a differenza di quanto avviene con la mediazione (o comunque nelle altre ipotesi contemplate dall'art. 41-1 c.p.p.), se le prescrizioni sono adempiute, l'“archiviazione” è per il pubblico ministero obbligatoria e definitiva, perché l'azione pubblica si è estinta. Su tale aspetto si è soffermata molto di recente la giurisprudenza francese, confermando la differente disciplina delle due ipotesi.¹⁶⁴

Pare utile ricordare invece come, da qualche anno, il ricorso alle diverse alternative, riconducibili alla pluricitata “terza via”, sia stato sollecitato, in via indiretta, da una modifica legislativa che ha interessato due articoli vicini a quelli esaminati.

A partire dal 2004, infatti, l'art. 40 c.p.p. è stato modificato attraverso un richiamo all'art. 40-1 c.p.p., che in qualche misura limita la possibilità di ricorrere liberamente all'archiviazione “secca”, verso la quale si era manifestata già da tempo una certa diffidenza, sollecitando i pubblici ministeri a dare una risposta alla richiesta di giustizia.¹⁶⁵

Oggi, così, vigendo ancora come regola generale il descritto principio di opportunità dell'azione penale, è previsto espressamente che il pubblico ministero debba, nei casi di reati commessi da una persona identificata e con domicilio noto, decidere se è “opportuno”: 1) esercitare l'azione penale; 2) promuovere una

¹⁶² Come rileva J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 532, si discute molto sulla reale natura di questa misura, che per certi profili si avvicina ad una condanna, tanto da essere iscritta nel casellario giudiziario. S. GRUNVALD, J. DANET, *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004, 156, precisano che sebbene l'annotazione sia conoscibile solo dall'autorità giudiziaria, il carattere repressivo della misura ne risulta accentuato.

¹⁶³ F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 623.

¹⁶⁴ Crim., 21.06.2011, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2379. Per un'interessante analisi critica della sentenza cfr. J.B. PERNIER, *Alternative aux poursuites: l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2349 ss.

¹⁶⁵ Come rileva J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 524 s., si discute molto, in Francia, in merito ai dati che concernono l'archiviazione secca. Nella maggior parte dei casi, infatti, ad essa si ricorre solo nelle ipotesi in cui manchino concretamente i presupposti per procedere (es. autore non identificato, mancanza di prove). Nel 2007, le archiviazioni “necessitate” hanno rappresentato circa il 70% delle definizioni dei procedimenti attivati. Per i casi rimanenti (30%), si è esercitata l'azione penale in circa la metà dei casi; si è dato corso ad un'alternativa (“terza via”) nel 35% dei casi e si è proceduto ad un'archiviazione secca solo nel 15%.

procedura alternativa in forza degli artt. 41-1 e 41-2 c.p.p.; 3) archiviare direttamente, quando lo giustificano circostanze particolari, legate al fatto.¹⁶⁶

In questo modo, al *classement sans suite* è stato riservato un ruolo più marginale anche perchè, in forza della medesima legge, il pubblico ministero, se intende archiviare direttamente, è tenuto non solo ad avvertire il querelante e, se identificata, la vittima (un tanto è comunque richiesto anche in relazione alle altre opzioni scelte) ma anche a motivare il provvedimento “indicando le ragioni giuridiche o d’opportunità che lo giustificano” (art. 40-2 c.p.p.).¹⁶⁷

Per quanto riguarda i partecipanti alla vera e propria mediazione, invece, uno stimolo importante all’accettazione della procedura mediativa proposta è derivato dalle norme (legge del 18 dicembre 1998) stabilite, anche in materia, a tutela dell’assistenza legale, che viene considerata fondamentale nella fase introduttiva e di redazione dell’eventuale accordo.¹⁶⁸ Esistono così, per i non abbienti, forme di sostegno pubblico, capaci di coprire i costi relativi.¹⁶⁹

Alcuni interventi ulteriori, specificamente in tema di mediazione penale, si spiegano, infine, solo nella prospettiva di una maggior tutela della vittima, che rappresenta, come visto, un tema sentito anche a livello di Unione Europea.

Nel 2004 la disciplina della mediazione è stata infatti integrata, con l’inserimento nell’art. 41-1 c. 1 n. 5 della previsione per la quale, in ipotesi di esito positivo della mediazione, il pubblico ministero o il mediatore redigono un processo verbale firmato anche dalle parti, che ne ricevono una copia. Qualora l’accordo (un vero e proprio contratto)¹⁷⁰ contenga l’impegno ad adempiere a delle prestazioni

¹⁶⁶ Come evidenzia J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 523, il termine “opportuno” esprime ancora la fedeltà del legislatore nel principio di opportunità. Cfr, altresì ID., *Vers un “aggiornamento” des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, in *JCP-La Semaine Juridique EG*, 2004, 823 e ID., *Il ruolo della volontà dell’autore di reato nella decisione sull’esercizio dell’azione penale. Un’analisi di diritto francese*, cit., 951. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 716, invece, ritengono che con questa norma il principio di opportunità sia stato riconosciuto.

¹⁶⁷ Contro l’archiviazione (che comunque è sempre provvisoria) è possibile solo un ricorso gerarchico al procuratore generale, che potrà ordinare al procuratore della Repubblica di esercitare l’azione penale. Altrimenti, la vittima potrà esercitare l’azione civile, che, come anticipato, “mette in moto” anche quella penale: F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 725; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 524; V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, cit., 165.

¹⁶⁸ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 47.

¹⁶⁹ M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 110; R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 37; D. JULLION, *Victim-Offender Mediation in France*, cit., 231.

¹⁷⁰ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 732.

risarcitorie e l'indagato si rifiuti di ottemperarlo, la vittima potrà attivare in sede civile un procedimento ingiuntivo.¹⁷¹

Nel 2010, infine, si è, criticabilmente, modificato l'inciso iniziale della misura che riguarda la mediazione, sostituendo il presupposto dell'accordo delle parti con la richiesta o il consenso della sola vittima, per poter attivare il percorso mediativo. La speranza è che il presupposto del consenso dell'indagato, anche se nella pratica può apparire scontato, venga considerato come un requisito implicito¹⁷² e, se non il pubblico ministero, quanto meno i mediatori, si preoccupino di raccogliarlo; in difetto, infatti, non si potrebbe certo parlare di una sua libera e spontanea adesione ai programmi di riparazione-mediazione, richiesta a livello sovranazionale.

Si può invece condividere che, come oggi previsto sempre nell'art. 41-1 c. 1 c.p.p., si possa presumere un dissenso della vittima alla procedura riparativa, in ipotesi di violenze familiari che abbiano indotto la stessa ad adire l'autorità competente in materia di famiglia, per ottenere una misura di protezione contro il coniuge, il convivente o il partner di un PACS.

2.1.3 I programmi attivati in Francia: la figura del mediatore e le prassi applicative

Ci sembra significativo, nell'intento di esaminare le principali caratteristiche dei programmi mediativi francesi, dedicare una specifica riflessione al soggetto chiamato a gestire la procedura di mediazione. Se in Francia, nelle prime sperimentazioni, ed anche più tardi, a seguito della legge del 1993, nonostante un ricorso frequente a forme di mediazione delegata,¹⁷³ non si escludeva che “il medesimo *parquet* [pubblico ministero] potesse assumere la veste di mediatore – benché la dottrina sottolineasse come la *médiation retenue* integrasse una forma anomala e sostanzialmente spuria di *médiation* – l'attuale disciplina dell'istituto prevede che il pubblico ministero, sussistendone i presupposti, possa [solo] “far procedere...a una missione di mediazione”, esonerandolo così da ogni attività di

¹⁷¹ C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84. In forza dell'ultimo comma dell'art.41-1, inserito sempre nel 2004, poi, il procuratore della Repubblica, vista la mancata esecuzione della misura e salvi elementi di novità, promuoverà una composizione penale o rinvierà a giudizio.

¹⁷² Il silenzio della dottrina sul punto lascerebbe pensarlo.

¹⁷³ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 49.

mediazione che deve essere affidata ad un terzo”.¹⁷⁴ Come i più hanno riconosciuto, il rispetto rigoroso del principio di imparzialità ha portato ad escludere il pubblico ministero dall'attività di mediazione.¹⁷⁵

D'altra parte, su questa linea ci si era già mossi con il decreto 10 aprile 1996, n. 96-305, che aveva modificato il codice con l'introduzione degli articoli da D 15-1 a D 15-8, prevedendo una specifica procedura di abilitazione all'esercizio della mediazione in materia penale da parte di persone fisiche o di associazioni,¹⁷⁶ da attivarsi con una domanda presentata negli uffici del pubblico ministero,¹⁷⁷ e stabilendo alcuni presupposti necessari per poter ricoprire il ruolo di mediatore, quali il fatto di non esercitare alcuna attività giudiziaria a titolo professionale – “il che denota la preoccupazione di far uscire da una logica giudiziaria la composizione di certi conflitti”¹⁷⁸ – di non avere precedenti penali, di garantire competenza, indipendenza ed imparzialità (art. D 15-4 c.p.p., oggi art. R 15-33-33).¹⁷⁹

Con il decreto del 29 gennaio 2001, n. 2001-71 (che ha abrogato gli artt. D 15-1/D 15-7 riproponendone quasi testualmente il contenuto negli artt. R 15-33-30/R 15-33-37) la procedura di abilitazione è stata quindi estesa anche ai delegati del procuratore – che possono essere incaricati di una missione prevista dall'art. 41-1 nelle prime quattro ipotesi *ivi* disciplinate – figure che fino a quel momento erano state contemplate solo indirettamente dal legislatore.

Al termine della procedura – gestita dal procuratore della Repubblica o, se l'interessato intende esercitare le sue funzioni nell'ambito territoriale di competenza della corte d'appello, dal procuratore generale – che porta all'abilitazione, valida

¹⁷⁴ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 111.

¹⁷⁵ B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., 585; K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, cit., 30, oltre all'autrice già citata. *Contra*, però, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., 528 e C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84, che ritengono ancora, almeno teoricamente, possibili mediazioni gestite direttamente dal procuratore.

¹⁷⁶ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 37, afferma che sono soprattutto le associazioni di aiuto alle vittime e di controllo giudiziario e le loro organizzazioni - l'INAVEM (*Institut National d'Aide aux Victimes et de la Médiation*) ed il CLCJ (*Comité de Liason des Associations de Contrôle Judiciaire*) - ad occuparsi di mediazione.

¹⁷⁷ C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 78; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 145.

¹⁷⁸ J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., 78.

¹⁷⁹ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 25 ss.; J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit. 54; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 111.

provvisoriamente per un anno, ma poi confermabile per altri 5 anni (rinnovabili),¹⁸⁰ il mediatore o il delegato sono chiamati ad assumere formalmente le loro funzioni, prestando solenne giuramento di esercitarle con rigore, lealtà, imparzialità e dignità e di rispettare il segreto professionale (art. R. 15-33-36 c.p.p.).

In forza del disposto dell'art. R. 15-33-34 c.p.p., infatti, mediatori e delegati del procuratore della Repubblica sono tenuti al segreto professionale, la cui rivelazione è punita dall'art. 226-13 c.p. con un anno di detenzione e 15.000 Euro d'ammenda. Tale obbligo, secondo la dottrina, è particolarmente importante per la buona riuscita della mediazione ed il suo riconoscimento ha rafforzato il ruolo del mediatore, sebbene non sia chiaro se il segreto possa essere opposto al pubblico ministero delegante: una circolare, di dubbia vigenza, risalente al 1996, avrebbe introdotto una esplicita deroga sul punto.¹⁸¹

Una questione che appare così ancora preoccupantemente aperta riguarda la possibilità per il giudice, non esplicitamente esclusa in materia penale, di tener conto nel processo delle dichiarazioni rese dalle parti e verbalizzate in seno ad una procedura mediativa. Come è stato rilevato in dottrina, la tendenza dei mediatori, che appartengono ad un'associazione, è correttamente quella di ridurre al minimo il contenuto del verbale redatto, per evitare riflessi negativi.¹⁸²

I passi che sono stati fatti in Francia per rafforzare la professionalità della figura del mediatore sono ammirevoli ed è estremamente interessante notare come questa attività sia presa seriamente.

Non vi sono però, solo aspetti positivi. Ben si comprendono, infatti, le legittime preoccupazioni di chi lamenta un'eccessiva dipendenza dal pubblico ministero dei soggetti chiamati a gestire le pratiche riparative. Essi vengono, di fatto, scelti da quest'ultimo, che è libero di valutarne, secondo i propri criteri, la competenza.¹⁸³ Nonostante poi le associazioni siano in grado di garantire ai

¹⁸⁰ L'abilitazione è infatti rinnovabile per la medesima durata, a seguito della stessa procedura.

¹⁸¹ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit. 58 s.; ID., *La médiation sociale et pénale*, cit., 47; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 150.

¹⁸² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 733, che si sofferma sui contrasti insorti, sul punto, nella giurisprudenza francese. In ambito civile, al contrario, l'art. 131-14 c.p.c. esclude espressamente la produzione e l'utilizzabilità in giudizio delle affermazioni del mediatore e delle dichiarazioni delle parti, senza il loro accordo.

¹⁸³ J. FAGET, *Les "accommodements raisonnables" de la médiation pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2009, 981 ss.

mediatori una formazione più mirata anche sul piano deontologico¹⁸⁴ ed una maggiore autonomia – e questa più specifica competenza sia stata addirittura riconosciuta da una circolare ministeriale del 2004, con cui è stato precisato che il ricorso a mediatori-persone fisiche deve essere limitato ai casi più semplici, dovendosi altrimenti preferire le associazioni¹⁸⁵ – i procuratori della Repubblica si rivolgono ancora, in un numero importante di casi (almeno 1/3),¹⁸⁶ a singoli professionisti per ragioni anche economiche.¹⁸⁷

Uno sguardo alla prassi, infine, appare importante, perché è possibile accedere, in Francia, a statistiche molto aggiornate sul punto, anche se riferite, nel dettaglio, unicamente alle mediazioni delegate alle associazioni.¹⁸⁸

Quanto al numero di mediazioni attivate, sebbene esso non possa certo considerarsi trascurabile,¹⁸⁹ da più parti si evidenzia come sia diminuito, negli ultimi anni, a vantaggio di soluzioni più rapide e meno costose come il “semplice” richiamo dell'autore del reato agli obblighi previsti dalla legge. Se ci si riferisce alle archiviazioni a seguito di procedura mediativa, si è passati, infatti, da 33.391 casi, nel 2000, a soli 23.451 nel 2009, mentre i casi di richiamo sono saliti vertiginosamente, nello stesso periodo, da 116.694 a 273.783, andando ad incidere (insieme alle regolarizzazioni, salite da 37.424 a 101.205) anche sul numero di *classement sans*

¹⁸⁴ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, cit., 53; J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 87 ss.

¹⁸⁵ T. LEBÉHOT, *La cadre juridique de la médiation pénale*, cit., 216 ss.

¹⁸⁶ Questo numero è indicato, in modo approssimativo, in modo costante nell'Annuario Statistico della Giustizia, che viene pubblicato dal Ministero della Giustizia francese ed è reperibile on-line, all'indirizzo www.justice.gouv.fr. I dati (relativi agli anni dal 2000 al 2009), su cui ci soffermeremo nei prossimi paragrafi, sono consultabili nell'edizione 2011-2012 ed in quella 2007. In entrambe è riportata la percentuale di 1/3, quanto al ricorso ai professionisti privati, ma il dato non sembra molto preciso.

¹⁸⁷ J. FAGET, *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français*, cit., 235 ss. Come sottolinea P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 40, se la persona fisica abilitata riceve un compenso in misura fissa, pari ad Euro 38,87 per mediazione, l'associazione riceve Euro 76,22 se la mediazione ha durata inferiore al mese, Euro 152,45 se essa dura fino a tre mesi ed Euro 304,90 negli altri casi.

¹⁸⁸ Per quanto riguarda il numero complessivo di procedure definite attraverso il ricorso alla mediazione è tuttavia reperibile nelle statistiche un dato significativo, che non distingue tra mediazioni riuscite/non riuscite o mediazioni delegate a privati/associazioni, ma consente di confrontare, in caso di archiviazione, i casi di ricorso alla mediazione e quelli di ricorso ad altre misure alternative.

¹⁸⁹ C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 79.

suite, che è diminuito da 414.692 a 182.552.¹⁹⁰ Il numero di mediazioni affidate (a prescindere dall'esito) alle associazioni è diminuito da 36.354 a 21.104.

Non occorre sottolineare che le modalità di intervento connesse ad una mediazione o, invece, ad un semplice richiamo, sono molto diverse, con un rischio elevato di nuova marginalizzazione della vittima nel quadro attuale.

Le ragioni principali di una tale tendenza sono indubbiamente economiche (una mediazione costa di più alla pubblica amministrazione e comunque ha una durata maggiore rispetto al richiamo), ma, come la dottrina francese non smette di ricordare, in qualche misura anche ideologiche e culturali, legate ad una, ancora, limitata preparazione e sensibilizzazione in materia della magistratura.¹⁹¹

Non bisogna poi dimenticare l'attrattiva che rappresenta oggi, per i pubblici ministeri, l'ambiguo istituto della composizione penale, uno strumento che appare poco coerente con i principi della giustizia riparativa - dimenticandosi di chiedere innanzitutto una spontanea responsabilizzazione del reo e comunque di promuovere la ricerca di soluzioni condivise con la vittima - ma che assicura un risultato rapido ed un qualche risarcimento a chi ha subito il reato. Se esso non aveva infatti alcuna rilevanza nel 2000, nel 2009 ha interessato ben 70.117 casi.

Come abbiamo anticipato, il campo applicativo della mediazione (così come quello delle altre ipotesi di "terza via" contemplate dall'art. 41-1 c.p.p.) non è predeterminato dal legislatore, anche se la dottrina tende a farlo coincidere con quello delle contravvenzioni e dei "piccoli delitti".¹⁹²

Alcuni studi, condotti sulle prime pratiche francesi, hanno evidenziato come la mediazione venga attivata soprattutto in presenza di reati non gravi, che interessano soggetti, non recidivi, che si conoscono e sono destinati a continuare ad incontrarsi, a seguito della procedura (vicini, parenti, colleghi di lavoro).¹⁹³

¹⁹⁰ Cfr. altresì i dati, non molto distanti, riportati da J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 64. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 22, parla di "crisi" dell'istituto.

¹⁹¹ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, cit., 68 s.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 79.

¹⁹² C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, cit., 84; R. CARIO, *Justice restaurative*, cit., 117.

¹⁹³ J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 81; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 732; P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, cit., 154.

I dati pubblicati di recente possono permettere di confermare, sostanzialmente, queste osservazioni. Le mediazioni delegate alle associazioni hanno infatti riguardato, per circa la metà dei casi (equamente ripartiti tra loro, soprattutto negli ultimi anni), violenze all'interno della famiglia e lesioni volontarie. In misura minore, ma comunque significativa ed abbastanza equilibrata: ingiurie, mancato pagamento degli alimenti o mancata consegna del minore a colui che ha diritto di vederlo, furto, danneggiamento.¹⁹⁴

Più della metà delle mediazioni ha avuto un esito positivo. A tale riguardo, però, uno studio condotto all'inizio del decennio scorso ha evidenziato che, come anticipato, se la buona riuscita della procedura non ha sempre impedito al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale (anche se in percentuali veramente marginali, 2% massimo), il suo esito negativo non ha escluso affatto l'archiviazione, disposta nella maggior parte dei casi (circa il 75%), anche in presenza di verbali negativi per "impossibilità di raggiungere un accordo."¹⁹⁵

2.2 La giustizia riparativa in Germania

2.2.1 Riparazione e mediazione nel sistema processuale

In Germania, la riparazione (*Wiedergutmachung*), entro la quale trova un limitato spazio anche la mediazione penale (*Täter-Opfer-Ausgleich*), rappresenta un importante strumento di *diversion*.¹⁹⁶

E' indispensabile precisare come sul piano processuale l'ordinamento tedesco, a differenza di quello francese, sia caratterizzato da un principio di legalità "temperato". Al di là dei reati procedibili a querela,¹⁹⁷ e della possibilità per l'organo

¹⁹⁴ Cfr. altresì P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., 53 ss.

¹⁹⁵ I dati sono tratti dalla ricerca condotta sulle pratiche di mediazione, ai fini della tesi dottorale, presso l'Università di Orleans, da S. ROBIN, *Etude quantitative et qualitative des effets de la médiation pénale* (Soutenue publiquement le 1/7/2003). La tesi è stata consultata presso la Bibliothèque Cujas, a Parigi. L'autore ha anche evidenziato che l'archiviazione è stata disposta nel 37,5% dei casi di rifiuto dell'indagato di partecipare alla procedura.

¹⁹⁶ D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, London, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 2001, 32; R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 20; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 199.

¹⁹⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 219 s. L'Autore ricorda peraltro come, in Germania, esistano dei reati procedibili a querela in cui il pubblico ministero può ritenere necessario attivarsi ("per il particolare interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale") quando la persona offesa rimanga inattiva (§ 238 StGB *Stalking*).

dell'accusa di archiviare il procedimento quando non sussistono elementi sufficienti per il rinvio a giudizio¹⁹⁸ – noti anche al nostro sistema processuale – esso conosce infatti molte deroghe al dovere d'azione, consistenti nella possibilità, per il pubblico ministero, di procedere all'archiviazione, generalmente previo consenso del giudice, pur in presenza dei presupposti necessari per l'esercizio dell'azione penale.¹⁹⁹

Dall'introduzione, con il codice del 1877,²⁰⁰ del canone dell'obbligatorietà (§152 StPO), che continua a sancire come regola il principio di legalità formale, si è assistito ad un fenomeno di sua progressiva erosione, in risposta alla crisi dell'amministrazione giudiziaria, mediante una forma di “depenalizzazione processuale”.²⁰¹ Sono una chiara testimonianza di tale evoluzione il §153 StPO, che prevede la possibilità per il pubblico ministero di non procedere – anche senza il consenso del giudice che sarebbe competente per il giudizio, se il reato è punito con una pena non elevata nel minimo rispetto a quanto previsto in via generale e le conseguenze del reato appaiono esigue – in relazione a reati che siano comunque *Vergehen*, delitti, e non crimini, *Verbrechen*, in caso di colpevolezza esigua²⁰² e di

¹⁹⁸ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in N. GALANTINI, F. RUGGIERI, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1998, 134, dove evidenzia come il semplice provvedimento di archiviazione non sia soggetto ad alcun controllo giurisdizionale diretto, a meno che la persona offesa non lamenti l'illegittimità dell'archiviazione sperando prima un ricorso amministrativo al superiore gerarchico del titolare del procedimento e quindi, in caso di esito negativo, ricorra al giudice. Tale controllo non ha quasi mai trovato applicazione.

¹⁹⁹ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1754. Come ricorda anche questo Autore (nt. 49), quando gli elementi raccolti durante le indagini non sono sufficienti per formulare l'accusa, il pubblico ministero ha la facoltà di archiviare il procedimento senza un controllo giurisdizionale preventivo. Cfr. anche C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 472 ss., nonché approfonditamente T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, 89 ss.

²⁰⁰ Come rileva F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 92, nonostante le ripetute e profonde novelle che hanno caratterizzato la sua storia, la struttura del c.p.p. tedesco (*Strafprozessordnung*, *StPO*) è ancora quella del 1877, quando l'allora cancelliere Bismarck, ispirandosi al codice napoleonico, lo promulgò per lo Stato appena formatosi. L'introduzione delle prime eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale risale al 1924, seguita poi da ulteriori interventi in questo senso nel 1979, nel 1987 e nel 1993. Il contributo è importante anche per le indicazioni bibliografiche riportate nelle note. Cfr. altresì T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 105 ss. e R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., 193, 221 ss.; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2670.

²⁰¹ Così C. MORGENSTERN, “*Diversión*” e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 97; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 636.

²⁰² Secondo J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2006, 42, l'esiguità della colpevolezza potrebbe essere desunta anche da

manca di interesse pubblico a perseguire penalmente il fatto, ed il §153a StPO, che disciplina un peculiare procedimento di archiviazione condizionata o provvisoria,²⁰³ i cui presupposti di operatività sono stati allargati soprattutto nel 1993, con la *Entlastungsgesetz*, una novella sollecitata dalle problematiche socio-economiche conseguenti alla riunificazione.²⁰⁴

Con il meccanismo deflattivo da ultimo citato il pubblico ministero può rinunciare all'azione, con l'autorizzazione del giudice e previo consenso dell'indagato, quando l'interesse pubblico a perseguire penalmente i delitti può essere soddisfatto con l'imposizione di obblighi ed oneri sostitutivi, da adempiere entro termini prestabiliti (6 mesi – 1 anno).²⁰⁵ Se l'adempimento interviene

condotte riparatorie successive al fatto o dalla composizione del conflitto con la vittima. Nello stesso senso cfr. F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 120.

²⁰³ P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 22, parla anche di “astensione provvisoria dall'esercizio dell'azione penale”. Cfr. anche M. CHIAVARIO, *La Justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, 29 s.

²⁰⁴ H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2° Ed., Padova, Cedam, 2003, 11. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1755. Egli parla di “virtuosa alchimia tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione”.

²⁰⁵ §153a StPO: *Rinuncia all'esercizio dell'azione penale a seguito di adempimento di obblighi*. “1) Con il consenso del giudice competente per il dibattimento e dell'accusato, il pubblico ministero, nel caso di un delitto (*Vergehen*), può provvisoriamente rinunciare ad esercitare la pubblica azione penale e allo stesso tempo imporre all'accusato l'adempimento di determinati obblighi e prescrizioni, quando essi siano idonei a far venir meno l'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale e la gravità della colpevolezza non sia di ostacolo. Come obblighi e prescrizioni sono presi in considerazione in particolare: 1) eseguire una determinata prestazione al fine di riparare il danno causato con il fatto; 2) pagare una somma di denaro a favore di un'istituzione di pubblica utilità oppure delle casse dello stato; 3) fornire delle prestazioni di pubblica utilità; 4) adempiere ad obblighi di mantenimento fino a un determinato ammontare; 5) adoperarsi seriamente per raggiungere una composizione con la persona offesa (mediazione reo-vittima) e, in tale occasione, riparare in tutto o in gran parte al proprio reato, oppure cercare di raggiungerne la riparazione; 6) partecipare a un corso di perfezionamento ai sensi del §2b c.2 frase 2 oppure §4 c.8 frase 4 della legge sulla circolazione stradale. Per l'esecuzione degli obblighi e delle prescrizioni, il pubblico ministero assegna all'accusato un termine che nei casi della frase 2 n. da 1 a 3, 5 e 6 è al massimo di sei mesi, nei casi della frase 2 n.4 è al massimo di un anno. Il pubblico ministero può successivamente revocare obblighi e prescrizioni e prorogare per una volta il termine per una durata di tre mesi; con il consenso dell'accusato il pubblico ministero può anche imporre successivamente obblighi e prescrizioni e modificarli. Se l'accusato esegue gli obblighi e le prescrizioni, il fatto non può più essere perseguito come delitto. Se invece non li esegue, le prestazioni svolte non vengono rimborsate. Si applica corrispondentemente il §153 c.1 frase 2 nei casi della frase 2 n. da 1 a 5 (non è, cioè, necessario il consenso del giudice per i casi di lieve entità, con conseguenze esigue). 2) Se l'azione penale è già stata esercitata, il giudice, con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, può provvisoriamente sospendere il procedimento fino alla fine dell'udienza dibattimentale, nella quale gli accertamenti di fatto possono essere verificati per l'ultima volta, e allo stesso tempo imporre all'imputato gli obblighi e le prescrizioni indicati nel c.1 frase 1 e 2. Si applica corrispondentemente il c.1 frase da 3 fino a 6. La decisione ai sensi della prima frase deve essere presa con ordinanza. L'ordinanza non è impugnabile. La frase 4 si applica anche al caso in cui

tempestivamente, l'archiviazione diviene definitiva.²⁰⁶ Come per il paragrafo precedente, dopo l'esercizio dell'azione penale, la decisione per la definizione anticipata del procedimento può essere presa dal giudice, in presenza dei medesimi presupposti e con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato.²⁰⁷

La riforma ha ampliato i poteri discrezionali del pubblico ministero e del giudice e consentito l'applicazione della disposizione anche a condotte criminose di media gravità, inserendo tra i presupposti del §153a non più la presenza di una colpevolezza esigua, bensì che la "gravità della colpevolezza" non sia di ostacolo all'archiviazione.²⁰⁸

Si può rilevare come, in questo contesto, la mediazione e la riparazione rientrano tra le condizioni alle quali può essere subordinata la rinuncia all'azione penale.²⁰⁹ Esse, però, sono "prescritte" rigidamente all'indagato o all'imputato – che naturalmente le "devono" accettare, per non andare incontro ad un procedimento penale certo²¹⁰ – da parte del pubblico ministero o del giudice e quindi appaiono

risulti che gli obblighi e le prescrizioni assegnati ai sensi della frase 1 sono stati eseguiti. 3) Nel corso del termine assegnato per l'adempimento degli obblighi e delle prescrizioni, la prescrizione è sospesa". La traduzione del presente articolo è essenzialmente quella offerta nell'appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 295 s. Cfr. altresì, per alcune precisazioni, G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 74. R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 42, sottolinea con favore la previsione di un termine entro il quale le prescrizioni devono essere adempiute, anche per la mediazione. Cfr. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor." *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 478; F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 135 s.; R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, cit., 223; T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 106.

²⁰⁶ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 74. Come ricorda P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 28, nt. 24, le indagini, in tal caso, non possono essere riaperte.

²⁰⁷ H.H. JESCHECK, *Introduzione*, cit., 12.

²⁰⁸ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 364.

²⁰⁹ R.A.M VAN SCHIJNDEL, *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, cit., 21; D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 33; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, cit., 257. Come evidenziano C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung, Hamburg*, Kovač, 2008, 1; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2012, 404; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, in H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAELICKE, B. SONNEN (Hrsg.), *Handbuch der Resozialisierung*, 2° Aufl., Baden-Baden, Nomos Verl., 2003, 206: la mediazione (adoperarsi seriamente per raggiungere una composizione con la vittima) è stata inserita nel catalogo delle prescrizioni nel 1999. Cfr. anche P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 253.

²¹⁰ Così C. MORGENSTERN, "Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 98. Molto critica, sul punto, è l'analisi svolta dettagliatamente da C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., *passim*, nonchè, in particolare, p. 228, dove ribadisce il possibile contrasto con principi fondamentali quali il *nemo tenetur se detegere* e la presunzione di non colpevolezza.

poco coerenti con le istanze più profonde della giustizia riparativa, rivolte verso una spontanea responsabilizzazione dell'autore del fatto nei confronti della vittima e ricordate, con la ferma valorizzazione del principio del consenso e della necessità di una libera e spontanea adesione ai programmi di riparazione-mediazione (§1 Racc.; §7 Principi base), come regola d'oro della *restorative justice*, anche nelle linee guida sovranazionali.²¹¹ Come è stato rilevato, qui la prospettiva di fondo non è quella strettamente riparatoria, nel senso di una “riconciliazione con la vittima”²¹² – che non viene minimamente coinvolta nella decisione²¹³ – quanto piuttosto solo quella della ricerca di un miglioramento dei rapporti tra l'ordinamento e l'autore del fatto, il quale deve fare quanto richiesto per meritare un, già manifestato, atteggiamento benevolo dell'autorità pubblica nei suoi confronti.²¹⁴

L'estrema duttilità di tali modalità di definizione anticipata del procedimento, soprattutto con riferimento alla valutazione del venir meno dell'interesse pubblico, poi, può dar luogo a delle disparità di trattamento²¹⁵ e si paventa il rischio più che concreto, alla luce dei dati conosciuti,²¹⁶ di una commercializzazione dell'amministrazione della giustizia penale per ragioni di economia processuale.²¹⁷

²¹¹ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 336: la riparazione, qui, discende da una decisione unilaterale della Procura e non da una volontaria assunzione di responsabilità da parte dell'agente.

²¹² Come rileva criticamente C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 229, per la buona riuscita di una mediazione, il presupposto della volontarietà nella partecipazione è invece irrinunciabile.

²¹³ P. GALAIN PALERMO, *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*, in *Revista penal*, 2009, n. 24, 83 ss.

²¹⁴ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 75; P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 24 s.

²¹⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 208. C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 98, nt. 13, riferisce di percentuali di *diversion* assai differenti, nei singoli *Länder*: da un minimo di 38% in Bavaria ad un massimo di 61% nello Schleswig-Holstein, nel 1998.

²¹⁶ P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 32, illustra come, nella prassi, il giudice ed il pubblico ministero preferiscano (in circa il 90% dei casi) prescrivere il versamento di una somma allo Stato od eventualmente il risarcimento del danno materiale, dimenticando altre forme di riparazione o la stessa mediazione. Egli cita alcuni casi significativi (caso Mannesmann AG, caso Kohl), caratterizzati dal versamento di somme consistenti (anche 3.000.000 Euro).

²¹⁷ C. ROXIN, *Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán*, in ID., *La prohibición de autoincriminación y de la escuchas domiciliares*, Buenos Aires, Hammurabi ed., 2008, 39 s.; G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 75.

Le critiche contro questa soluzione, ricercata unicamente sul piano formale, non sono mancate.²¹⁸

2.2.2 Previsioni normative orientate al modello riparativo tra non punibilità e diversion

Sul piano più spiccatamente sostanziale, per quanto riguarda il diritto penale degli adulti, in Germania si considera rilevante che l'autore di un reato abbia, successivamente al fatto, riparato od attenuato le sue conseguenze. In tale prospettiva – oltre, naturalmente, al §46 StGB, che, riformulato nel 1986, in materia di commisurazione della pena, prende in considerazione come indice il comportamento del reo, successivo al reato, ed in particolare l'“impegno mostrato nel riparare il danno”, nonché il suo “impegno a trovare una composizione con la vittima”²¹⁹ – si colloca dichiaratamente il §46a StGB, introdotto con la riforma del 28 ottobre 1994, la *Verbrechensbekämpfungsgesetz*.²²⁰

In forza di tale norma, inserita nel codice penale, il giudice può addirittura astenersi dall'applicare la sanzione ai fatti in cui si perverrebbe, altrimenti, all'irrogazione di una pena pecuniaria non superiore a 365 tassi giornalieri o di una

²¹⁸ T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., 116 ss., 136; H.J. HIRSCH, *El tratamiento de la criminalidad de bagatela en la República Federal Alemana* (1980), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo II, 249 ss. Molto critica è, più di recente, la posizione di P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 26 ss.; ID., *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 266. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 297, ne evidenziava il grande successo, nella pratica. Più positiva è la posizione di F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 159.

²¹⁹ F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 137; H.J. HIRSCH, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal* (1989), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, cit., Tomo III, 176. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° Auf. (neubearb.), Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 896 s., analizzano anche le ragioni di una tale scelta normativa.

²²⁰ §46a StGB: *Mediazione tra reo e vittima, riparazione del danno*. “Se l'autore 1. nello sforzo di raggiungere una mediazione con la vittima (mediazione reo-vittima), ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso, oppure ha seriamente inteso ripararlo oppure 2. in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale, ha risarcito la vittima in tutto o per la maggior parte, il tribunale può attenuare la pena in base al §49 c.1 oppure, quando si tratta di una pena detentiva non superiore a un anno o di una pena pecuniaria non superiore a 365 tassi giornalieri, può astenersi dall'applicarla.” La traduzione del presente articolo è, salvo che in alcuni dettagli, quella offerta da G. FORNASARI, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, cit., 75. Un utile contributo alla comprensione è stato offerto dalla versione contenuta nell'appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 278. Cfr. S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, 24 ss.; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 132 ss.

pena detentiva non superiore ad un anno.²²¹ E' indispensabile che il giudice proceda ad una sorta di commisurazione "fittizia" della pena, per capire se ci sono i presupposti per la rinuncia.²²²

Qualora la pena da applicare sia invece più alta rispetto ai limiti citati - o non si ravvisino i presupposti per non applicarla - è consentita al giudice (dal §46a) esclusivamente una sua attenuazione ex §49 c.1 StGB, che comunque non è secondaria, visto che può consentire l'irrogazione di una sanzione inferiore al minimo edittale.²²³ Al giudice viene imposto di isolare la circostanza e di dare ad essa un autonomo rilievo, ma il suo riconoscimento è facoltativo.²²⁴

Come abbiamo anticipato parlando della riparazione come "terzo binario" sanzionatorio, le riflessioni che hanno accompagnato, nel dibattito teorico della fine degli anni Ottanta ed inizio anni Novanta, la scoperta dell'istituto della *Wiedergutmachung* sono state molto ricche, investendo il tema delle finalità della pena, del ruolo delle vittime nel sistema penale, del significato della riparazione.²²⁵

²²¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 208, ricorda che le statistiche relative all'andamento della criminalità dimostrerebbero che circa il 95% di tutti i casi che giungono a conoscenza dell'autorità giudiziaria rientrerebbero entro i limiti indicati per l'astensione da pena. La prassi, però, farebbe registrare una limitata applicazione della norma in esame, con particolare riferimento alla mediazione. Nello stesso senso cfr. D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 34 ss., che sottolinea le prevalenti resistenze di carattere culturale. Il medesimo dato statistico sull'ambito applicativo dell'istituto è riportato da I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 16; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 205 e D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 383.

²²² T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 400.

²²³ Come evidenzia F. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 10, la scelta del legislatore tedesco è stata quella di non attribuire normalmente alle circostanze un'efficacia extraedittale e di farle confluire, senza necessità di tipizzarle, nell'ambito della commisurazione della pena, salvo il caso di configurarle come "casi particolarmente gravi" o "casi meno gravi", con conseguente modifica dei limiti edittali. Sul punto cfr., tuttavia, per un più completo inquadramento della disciplina tedesca in materia, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, 315 ss.

²²⁴ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 393. Con questa norma (§49 StGB), il legislatore tedesco ha inteso assicurare una tendenziale uniformità nelle variazioni di pena, predeterminando l'esatta entità della diminuzione applicabile in tutti i casi non diversamente disciplinati (per le pene temporanee, oltre che per quelle pecuniarie, è prevista una riduzione fino a tre quarti della pena edittale massima ed una riduzione del limite edittale minimo, secondo misure differenziate in rapporto all'entità della pena da modificare): A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 321.

²²⁵ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, in I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS (ed by), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 121; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864 s.; P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 134 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 200; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 251. Come sottolinea anche G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto*

Esse sono sfociate, innanzitutto, in un elaborato progetto di riforma (il già citato *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*)²²⁶ caratterizzato dal fatto che la condotta riparatoria “volontaria” veniva inquadrata come causa di esclusione della pena (*absehen von Strafe*, §4 *AE-WGM*) - oltre che, in generale, di mera attenuazione (§5 *AE-WGM*) - in ipotesi di reati non tassativamente elencati, ma la cui pena detentiva da irrogare in concreto non fosse superiore all’anno.²²⁷ Le modalità riparatorie venivano esemplificate, come ricordato, nel §2 del progetto e comprendevano il risarcimento per equivalente insieme a diverse altre prestazioni anche simboliche ed al lavoro di pubblica utilità.

Se l’ampio ed articolato progetto che, come formulato, investiva diversi istituti del codice penale e di quello processuale e prevedeva di inserire la disciplina sostanziale della *Wiedergutmachung* nel titolo primo (ridenominato “riparazione e pene” in luogo di “le pene”) o addirittura in un apposito titolo nell’ambito del Capo

comparato, cit., 70, tale dibattito diede vita ad una produzione bibliografica ricchissima. Come già ricordato, su due fronti drasticamente opposti si sono collocati sul punto C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 3 ss. e H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 275 ss.; le loro posizioni sono bene riassunte anche negli interventi pubblicati nel volume di raccolta degli atti del Convegno svoltosi in materia a Freiburg, nel 1989: H.J. HIRSCH, *Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 377 ss., assolutamente contrario all’introduzione di un “terzo binario”, sanzionatorio (cfr. p.379), e C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, cit., 367 ss., che – raccogliendo gli spunti più significativi emersi nel corso del convegno – traccia (372 ss.) alcune importanti direttrici lungo le quali indirizzare una nuova disciplina della riparazione da integrare con decisione nel diritto penale tedesco. Si veda anche J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 16, P. GALAIN PALERMO, *¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*, in M. ONTIVEROS ALONSO, M. PELÁEZ FERRUSCA (coord.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, 493 ss.; H.J. HIRSCH, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal*, cit., 181 ss.; per un quadro molto approfondito: D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 279 ss.; nonché, per una ricca bibliografia: H.J. KERNER (Hrsg.), *Opfer und Täter*, Tübingen, Tobias-lib, 2003. Come evidenziano P. NICOSIA, A. BRUNI, D. DIOGUARDI, P. MARINELLI, *Temi di mediazione penale*, cit., 137, i gruppi politici conservatori, in particolare, valorizzavano la mediazione come strumento di tutela della vittima.

²²⁶ AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit.

²²⁷ Come evidenzia chiaramente C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, non c’è ragione per escludere alcune categorie di reati dall’ambito applicativo dell’istituto. Indubbiamente, per i reati più gravi, non ci potrà essere spazio per una rinuncia alla pena, ma la riparazione potrà comunque rivelarsi utile per la vittima, giustificando un’attenuazione della sanzione penale medesima.

III del codice penale in tema di “conseguenze giuridiche del fatto”,²²⁸ non veniva accolto dal legislatore tedesco nella sua interezza, anche in conseguenze delle critiche rivoltegli, esso non è rimasto comunque lettera morta, avendo sollecitato proprio la riforma del 1994, che dal progetto ha preso indubbiamente uno spunto importante.²²⁹

Oggi, fermo il limite dell'anno di reclusione o della pena pecuniaria di 365 tassi – oltre il quale la disposizione opera parzialmente, consentendo solo l'attenuazione della sanzione – il giudice, in presenza di un'attività riparatoria, che esamineremo a breve più attentamente, quando ritenga sussistenti i presupposti per l'applicazione della norma, ha una duplice facoltà: astenersi dal comminare una pena o attenuarla.²³⁰

Per quanto riguarda il profilo attinente all'efficienza processuale è bene ricordare che, in questi casi, il procedimento può essere definito anticipatamente: il pubblico ministero può, con il consenso del giudice, non esercitare l'azione penale in tutte le ipotesi in cui, con la sentenza, l'organo giudicante potrebbe prescindere dall'applicazione della pena (e quindi anche in ipotesi di riparazione/mediazione) ed il giudice può pronunciare, negli stessi casi, una sentenza di non luogo a procedere prima dell'inizio del dibattimento, con il consenso del p.m. e dell'imputato (§153b StPO).²³¹

²²⁸ Come ricorda D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 444, il legislatore tedesco ha preferito inserire il §46a nell'ambito del titolo secondo, sul computo della pena.

²²⁹ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 16 si sofferma ad esempio su alcune critiche rivolte al progetto, sia in merito ad un'eccessiva valorizzazione delle potenzialità della *Wiedergutmachung* che ad un possibile conflitto della disciplina proposta con i principi fondamentali del processo penale, come il principio di non colpevolezza. Cfr. altresì G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 72 e D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 433, 446. P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 46, sul piano formale, afferma come la vera sfida per i sostenitori del “terzo binario” consista nel reperire un fondamento dogmatico adeguato alla riparazione (equivalente a quello della colpevolezza, per la pena, ed a quello della pericolosità, per le misure di sicurezza). Fino a quel momento, la riparazione dovrà essere ricondotta ai binari già noti. Egli parla, infatti, di “equivalente funzionale della pena”.

²³⁰ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 72. Come evidenzia I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 43, il limite di pena è quello già contemplato nel Progetto alternativo.

²³¹ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 137; K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27° Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2011, 340; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 867. Come rileva C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 233, in questi casi, a differenza di quanto avviene quando la mediazione è imposta, le prestazioni non sono estorte. L'Autrice guarda con favore a questa disposizione, letta in relazione al §46a, anche sotto il profilo del rispetto dei principi fondamentali. T. PFORDTE, *§153b StPO*, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*.

Al di là di eventuali accordi informali che possono essere preventivamente raggiunti con l'accusa,²³² a differenza di quanto avviene con la prescrizione delle condotte riparatorie o della procedura mediativa da parte del giudice o del pubblico ministero, quando l'indagato o l'imputato scelgono questa strada non hanno alcuna certezza di conseguire l'impunità, ma, grazie a questa norma processuale, le ragioni della non punibilità si sono sposate con quelle "diversive": il legislatore tedesco ha ritenuto che, se non ci sono i presupposti per applicare la pena, si possa anche rinunciare alla svolgimento integrale del processo, per l'accertamento del reato.²³³ Qualora, invece, la pena debba essere solo attenuata, naturalmente, il procedimento si svolge nelle forme ordinarie.

Tale quadro normativo di riferimento si è ulteriormente arricchito, a partire dal 1999, con l'adozione di alcuni accorgimenti nell'ambito del codice di procedura penale, volti soprattutto a sollecitare il ricorso alla mediazione vera e propria.²³⁴

Ad ulteriore sostegno di una concezione più spiccatamente riparativa della giustizia, va ricordato il disposto del §136 c.1 frase 4 StPO, in forza del quale colui che è chiamato a rispondere di un reato deve essere informato, nel corso del suo primo interrogatorio, dell'esistenza dello strumento mediativo per i casi adeguati,²³⁵

Handkommentar, 2° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2011, 2457 s. sottolinea come si richieda che sia probabile che il giudice si asterrà dalla comminazione della pena.

²³² T. PFORDTE, §153b StPO, cit., 2457, in qualche modo, li raccomanda, al fine di promuovere l'applicazione della norma, evitando rischi eccessivi per l'autore del fatto. L'equilibrio è difficile: l'attivazione di un percorso mediativo e/o la riparazione presuppongono almeno il riconoscimento dei "fatti storici". Abbiamo tuttavia ricordato come diversi documenti sovranazionali richiedano espressamente che la partecipazione alla mediazione – in caso di esito negativo – non sia utilizzata contro l'imputato, come prova di ammissione di colpevolezza in sede giudiziaria.

²³³ Molto critico sul punto A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., 245 s., il quale ritiene che la norma in questione rappresenti un'ipotesi di sovrapposizione di esigenze meramente processuali al significato teleologico della vicenda sostanziale: "un esempio da non imitare". Sarebbe necessaria, infatti, nonostante la rinuncia alla pena, una pubblica riprovazione della condotta dell'imputato. La norma in questione esisteva prima dell'introduzione del §46a StGB: H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 291.

²³⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 231 evidenzia gli sforzi profusi dalla scienza giuridica in tema di mediazione e le critiche che sono state formulate contro uno "zelo pedagogico troppo ottimista".

²³⁵ §136 StPO: *Primo interrogatorio da parte del giudice*. "1) Con l'inizio del primo interrogatorio, deve essere comunicato all'imputato quale fatto gli venga contestato e quali disposizioni penali vengano prese in considerazione. Egli deve essere avvisato che gli è garantito dalla legge il diritto di esprimersi su quanto gli viene addebitato, oppure di non fare dichiarazioni sull'accusa in ogni momento, e anche prima del suo interrogatorio, di consultare un difensore di sua scelta. Egli deve essere inoltre informato del suo diritto a chiedere che siano assunti singoli mezzi di prova a sua discolta. In casi adeguati, l'imputato deve essere informato del fatto che può fare dichiarazioni scritte e che è possibile procedere a una mediazione tra il reo e la vittima. 2) L'interrogatorio deve offrire all'imputato la possibilità di far venir meno le ragioni che fondano il sospetto nei suoi confronti e di

nonché, soprattutto, quella che è stata definita come “la norma fondamentale”,²³⁶ in ambito processuale, per l’instaurazione della mediazione: il §155a StPO, che espressamente stabilisce che il pubblico ministero ed il giudice devono verificare, nei casi adeguati, se sia possibile ricorrere alla mediazione tra l’imputato e la persona offesa, in ogni fase del procedimento.²³⁷ Le parti possono essere invitate quindi a partecipare ad un determinato programma di mediazione.²³⁸

Allo stato, i risultati raggiunti su questo specifico fronte non sono, tuttavia, molto evidenti. Come è stato rilevato da più parti – sulla base però di dati raccolti in modo poco sistematico sul territorio tedesco²³⁹ – nonostante queste chiare indicazioni legislative, la percentuale dei casi in cui si è dato effettivamente corso ad una mediazione non è superiore al 5%.²⁴⁰ Le ragioni individuate dalla dottrina sono soprattutto di tipo culturale, mancando tra gli operatori del diritto una specifica formazione in materia, ed economico, non essendo previste remunerazioni supplementari per magistrati od avvocati che si attivino in questo senso, investendo molto tempo.²⁴¹

far valere i fatti che depongono a suo favore. 3) Durante il primo interrogatorio dell’imputato va presa in considerazione la sua situazione personale. La modifica relativa alla mediazione è intervenuta nel 2004.

²³⁶ C.A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit., 22; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 43.

²³⁷ §155a StPO: *Mediazione tra reo e vittima*. “Il pubblico ministero e il tribunale debbono verificare in ogni fase del procedimento se sia possibile raggiungere una mediazione tra l’imputato e la persona offesa. In casi adeguati, essi debbono muoversi in questa direzione. L’adeguatezza non può essere supposta contro l’espressa volontà della persona offesa”. Anche questa traduzione, come quella dell’ultimo articolo, è tratta dall’appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 293 ss. L’Autore (p. 231) evidenzia come la persona offesa possa porre il veto su tale procedimento. Cfr. anche T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 404. L’articolo è stato introdotto nel 1999, come il seguente.

²³⁸ Grazie al §155b StPO sono stati regolati alcuni profili pratici, come il trattamento dei dati personali nei rapporti tra la giustizia formale e gli organismi di mediazione: cfr. C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 104 e S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, cit., 124.

²³⁹ D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 35; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 263.

²⁴⁰ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, cit., 123; N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany. The Long and Winding Road*, in N. ALEXANDER (ed. by), *Global Trends in Mediation*, 2° Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 226. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 166, parla di pochi casi.

²⁴¹ C. MORGENSTERN, “*Diversion*” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 102.

Il quadro normativo in materia di giustizia riparativa e conciliativa, in Germania, non sarebbe infine completo se ci dimenticasse di considerare che esiste la possibilità di esercitare un’“azione penale privata” (*Privatklage*). Il §374 StPO elenca i reati che la persona offesa ha il diritto di perseguire essa stessa.²⁴²

Come rileva Hassemer, però, non si può certo dire che il legislatore abbia gettato un “ponte d’oro alla vittima per perseguire attivamente tramite il diritto penale i suoi interessi lesi”.²⁴³ Si profilano, infatti, alcuni ostacoli: l’accusato, qualora lamenti a sua volta un reato perseguibile con azione penale privata, può esercitare una contro-azione contro colui che l’ha esercitata per primo; quest’ultimo deve offrire una garanzia finanziaria per le spese processuali dell’imputato, e soprattutto, per alcuni di questi reati, che potremmo definire “di relazione” (violazione di domicilio, ingiuria, violazione della segretezza della corrispondenza, lesioni personali, minacce, danneggiamento), colui che esercita l’azione penale deve aver esperito preventivamente un tentativo di conciliazione davanti ad un organo amministrativo, formato di regola da non giuristi ed istituito dai singoli *Länder* (§380 StPO). In difetto, la domanda è inammissibile.²⁴⁴

²⁴² §374 StPO: *Ammissibilität*. “1) Nell’ambito dell’azione penale privata la persona offesa può esercitare l’azione penale senza che vi sia bisogno della previa richiesta al pubblico ministero per i seguenti reati: 1. violazione di domicilio (§123 c.p.), 2. ingiuria (§§185 fino a 189 c.p.), se questa non è rivolta a una delle organizzazioni politiche indicate nel §194 c.4 c.p., 3. violazione della segretezza della corrispondenza (§202 c.p.), 4. lesioni personali (§§223 e 229 c.p.), 5. *stalking* (§238 c.1 c.p.) o minacce (§241 c.p.), 5a. corruzione attiva o passiva nei rapporti commerciali tra privati (§299 c.p.), 6. danneggiamento (§303 c.p.), 6a. reati ai sensi del § 323a c.p., qualora il fatto commesso in stato di ebbrezza sia uno dei delitti indicati nei numeri da 1 a 6, 7. reati ai sensi dei §§16 fino a 19 della legge sulla concorrenza sleale, 8. reati ai sensi del §142 c.1 della legge sui brevetti, §25 c.1 della legge sui modelli di utilità, §10 c.1 della legge per la protezione dei semiconduttori, §39 c.1 della legge sulla protezione delle valute, §143 c.1, §143a c.1 e §144 c.1 e 2 della legge sui marchi, §51 c.1 e §65 c.1 della legge sui modelli ornamentali, i §§ da 106 a 108 nonché §108b c.1 e 2 della legge sul diritto d’autore e §33 della legge che riguarda il diritto d’autore su opere dell’arte figurativa e della fotografia. 2) L’azione penale privata può essere anche fatta valere da chi è autorizzato a sporgere querela accanto alla persona offesa o in sua vece. Le persone indicate nel §77 c.2 c.p. possono esercitare l’azione penale privata anche quando l’autorizzato prima di loro ha esercitato il diritto di querela. 3) Se la persona offesa ha un rappresentante legale, l’autorizzazione a esercitare l’azione penale privata viene a spettare a questo, e se le persone offese sono corporazioni, società e altre associazioni di persone che, come tali, possono esercitare azioni di tipo civile, l’autorizzazione a esercitare l’azione penale privata spetta a quelle stesse persone tramite le quali esse vengono rappresentate nelle cause civili.” Traduzione tratta dall’appendice di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 300 s.

²⁴³ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 223.

²⁴⁴ F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., 115 s. L’Autrice rileva come l’istituto costituisca una deroga al monopolio del pubblico ministero, il quale comunque, qualora ravvisi un pubblico interesse alla persecuzione, può esercitare egli stesso direttamente l’azione o intervenire successivamente alla sua proposizione da parte del privato. In tal caso, il processo continua nelle forme ordinarie. Come riferisce C. MORGENSTERN, *“Diversion” e sanzioni non detentive*

Anche tale istituto, quindi – che pur appare ispirato più che da effettive ragioni di tutela della vittima, dalla volontà di limitare il ricorso all'azione penale privata – può essere annoverato tra quelli che contribuiscono alla ricerca di soluzioni conciliative ed alternative alla pena, in ipotesi di fatti penalmente rilevanti. Si è affermato addirittura che, dietro ad esso, si annida la moderna idea di mediazione.²⁴⁵ Non è secondario evidenziare fin d'ora come molti reati, per i quali la ricerca di un tale accordo sia preliminarmente richiesta, sono attribuiti, in Italia, alla competenza penale del giudice di pace.²⁴⁶

2.2.3 §46a StGB: riparazione del fatto e riparazione del danno

Possiamo quindi soffermarci con maggior attenzione sulla norma che disciplina la riparazione (§46a StGB), distinguendo la riparazione del fatto - in tutto o in massima parte - oppure un serio tentativo in questo senso, nello sforzo di raggiungere una mediazione/composizione del conflitto con la vittima (n.1), dalla riparazione “economica”/risarcimento del danno (sempre integrale o per la maggior parte), che tuttavia abbia comportato una rinuncia od un notevole impegno personale dell'autore del fatto (n.2).²⁴⁷ Le due ipotesi sono parificate quanto agli effetti giuridici.²⁴⁸

I problemi interpretativi che tale norma ha suscitato, fin dalla sua introduzione nell'ordinamento tedesco, non sono pochi.

Si può affermare, innanzitutto, che non è sempre del tutto chiaro il rapporto tra la riparazione del “fatto”, di cui al n. 1 del §46a, e la riparazione del “danno”, di cui al n. 2 del medesimo paragrafo, con una parziale sovrapposizione di piani tra la

nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 103, circa la metà dei tentativi di conciliazione si conclude con un accordo. Cfr. anche R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, cit., 202, 224 e F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 150.

²⁴⁵ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 23, anche per una breve analisi di alcune problematiche poste dalla norma, che lascerebbe ad esempio irrisolto il problema del trattamento delle ipotesi in cui, raggiunto l'accordo in sede di tentativo di conciliazione, l'autore del reato si rifiuti successivamente di adempierlo.

²⁴⁶ Cfr. sul punto, approfonditamente, il prossimo capitolo. Cfr., comunque, C. MORGENSTERN, *“Diversion” e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace*, cit., 102.

²⁴⁷ B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 255; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864.

²⁴⁸ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 209.

dimensione del danno criminale e quella del danno civile.²⁴⁹ Del resto, come è stato rilevato, questa netta scissione non era stata tracciata nella discussione scientifica che aveva preceduto la riforma.²⁵⁰

Gran parte della dottrina, nonostante le affermazioni quasi costanti della giurisprudenza ancorata alla natura dei danni (non materiali o materiali) che si dovrebbero riparare,²⁵¹ distingue le due ipotesi semplicemente sulla scorta del tipo di prestazioni riparatorie che sarebbero contemplate: immateriali (non meglio definite), nel primo caso, o, invece, materiali/risarcitorie, nel secondo.²⁵² Non mancano autori che, però, pur partendo da questa distinzione di massima, elencano anche il risarcimento del danno tra le prestazioni del primo gruppo, od evidenziano come le prestazioni materiali ed immateriali possano coesistere, in un quadro più realistico, ma ancora confuso.²⁵³

Nonostante non si possa affatto rinvenire nella norma, soprattutto con riferimento al n. 1, alcun limite nel ricorso a forme particolari di *Wiedergutmachung*,²⁵⁴ comprensive di prestazioni simboliche, è stato rilevato come, nell'esperienza pratica – forse anche a causa di una certa difficoltà interpretativa che

²⁴⁹ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, cit., 73; S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB*, cit., 57 ss.

²⁵⁰ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29. Come precisa D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 414, si tratta comunque di anime difficilmente conciliabili. L'Autrice si sofferma spesso sul rapporto tra offesa e danno (p. 478).

²⁵¹ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 462 s.; D. RÖSSNER, J. KEMPFER, *§46a StGB*, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, cit., 477; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 401. In questo senso cfr. anche BVerG, *Beschl. v. 30.10.2002*, in *NJW*, 2003, 740, che ha ritenuto tale interpretazione conforme al testo della legge ed alla volontà del legislatore. A titolo di esempio, in BGH, *Beschl. v. 20.2.2001*, in *StV*, 2001, 346, si è affermato che costituisce un errore rilevante non applicare il n. 1, che si riferisce alle ipotesi di compensazione dei danni immateriali, in un caso di estorsione in cui il reo abbia restituito la refurtiva, si sia scusato con la vittima ed abbia versato un risarcimento per i danni morali.

²⁵² I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29, che precisa come il denaro che risarcisce il danno non patrimoniale ben possa ricadere nel §46a n.2.; D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 33; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 33.

²⁵³ Nel primo senso cfr. D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 213. Nel secondo senso cfr. S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des §46a StGB*, cit., 116, il quale evidenzia come possano coesistere prestazioni materiali ed immateriali, con conseguenti problemi interpretativi. La giurisprudenza più illuminata esprime dei seri dubbi sulla possibilità di distinguere nettamente tra le due ipotesi: BGH, *Urt. v. 25.5.2001*, in *NWJ*, 2001, 2557.

²⁵⁴ Già C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, prima della riforma che ha portato all'inserimento del §46a, riteneva che non si dovessero introdurre limitazioni sul punto.

lo stesso concetto di “riparazione del fatto” sembra porre²⁵⁵ – il risarcimento del danno rappresenti la forma più tipica di “riparazione”, con il rischio più che concreto di una sua “economicizzazione”²⁵⁶ e di una discriminazione a danno dei soggetti privi di mezzi.²⁵⁷

L’obiettivo originario di valorizzazione della riparazione del fatto come nucleo della conciliazione sembra, in concreto, essere divenuto secondario, limitando il profondo significato innovativo di una norma come quella in esame.²⁵⁸

Quanto al dato letterale, la prima parte del paragrafo richiede espressamente l’instaurazione di un processo comunicativo tra le parti²⁵⁹ e pone quindi la questione del rapporto con la mediazione vera e propria, i cui primi esperimenti, nell’ambito del diritto penale degli adulti, risalgono al 1984.²⁶⁰

Se l’obiettivo della soddisfazione della vittima è, in questo contesto, fondamentale e non rilevano, in caso di composizione del conflitto, le tipologie di prestazioni svolte o promesse,²⁶¹ si deve sottolineare come l’esclusione o la

²⁵⁵ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 89, 143; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131.

²⁵⁶ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 131, parla di un rilievo non più solo civilistico del risarcimento del danno.

²⁵⁷ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s.

²⁵⁸ G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, cit., 73 s.

²⁵⁹ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 35; D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 209; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866; J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 58; C. MORGENSTERN, “*Diversión*” e sanzioni non detentive nell’ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, cit., 101. Quanto alle parti coinvolte, dal lato passivo, richiamando quanto già ricordato nel primo capitolo in merito alle osservazioni di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 313 ss. sulle nozioni di *Opfer* (“vittima”) e *Verletzer* (“offeso in senso processuale”) si può evidenziare come nel §46a si utilizzi al n. 1 sia il primo che il secondo termine e al n. 2 il primo, a dimostrazione di una certa ambiguità in tal senso. Quanto alle ipotesi di cui al n. 1, ferme le considerazioni più generali che possono essere svolte in merito al significato di un processo mediativo e le riflessioni che andremo a sviluppare sulla prassi tedesca, si può ricordare (sulla scorta del contributo dell’Autrice citata, p. 325) come il soggetto processuale *Verletzer*, sul piano sostanziale, sia - secondo un’interpretazione proposta - il soggetto titolare dell’interesse alla riparazione del danno (penalmente) riconosciuto, il cui contenuto include sia il bene protetto in via primaria, sia il bene secondariamente protetto, che coincide con un interesse privato. Come rileva l’Autrice, comunque, entrambi i termini – per quanto riguarda il contesto in esame – non possono che essere intesi con riferimento al titolare del bene giuridico leso o minacciato dal reato (in difetto, l’autore del reato dovrebbe fare fronte alla compensazione di una quantità incalcolabile di danni nei confronti di un numero indefinito di soggetti).

²⁶⁰ B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 253, individua in quello di Tubinga, del 1984, il primo progetto di mediazione penale per gli adulti, ancorchè privo di un supporto normativo.

²⁶¹ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 35. A p. 132 l’Autore sottolinea come i parametri civilistici possano però ritornare in questione quando la vittima non sia pienamente soddisfatta, al fine di valutare l’adeguatezza degli sforzi riparatori. In giurisprudenza, nel

riduzione della pena possano dipendere anche dall'impegno profuso dal reo nel cercare di raggiungere una mediazione con la vittima, senza che un risultato debba essere ottenuto ad ogni costo.²⁶² La dottrina tedesca ha definito "ragionevole e giusto" che sia sufficiente impegnarsi per ottenere una mediazione e che non si richieda come presupposto la sua riuscita, visto che la persona offesa non può essere trascinata nel procedimento contro la sua volontà.²⁶³ "Le conseguenze giuridiche non possono dipendere dal fatto casuale che la vittima sia disposta a entrare genericamente in contatto con il reo".²⁶⁴ E' chiaro però come non sia sempre facile dimostrare di aver compiuto gli sforzi richiesti,²⁶⁵ che, per la giurisprudenza, non possono prescindere da un qualche coinvolgimento (od invito al coinvolgimento) della vittima.²⁶⁶

Non sono mancate, naturalmente, severe critiche nei confronti dell'eccessiva indeterminazione di tale disciplina, alla quale, tuttavia, la mediazione è spesso, e forse inevitabilmente, esposta.²⁶⁷ Il legislatore tedesco, come altri, con il §46a n. 1 StGB non ha regolato la procedura mediativa, né richiesto espressamente la partecipazione di un vero e proprio mediatore.²⁶⁸ In questo contesto, però, aver

considerare una composizione effettivamente raggiunta, si è affermato che la vittima deve accettare *intimamente* le prestazioni dell'autore come un atto pacificatore e quest'ultimo deve andare incontro alla vittima con l'aspirazione di renderla nuovamente felice (BGH, Urt. v. 31.5.2002, in *StV*, 2002, 650).

²⁶² H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866.

²⁶³ S. WALTHER, *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and what Remains to be Done*, in *International Review of Victimology*, 2000, vol. 7, 274.

²⁶⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232. J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 50, parla di un'offerta rivolta alle parti.

²⁶⁵ La giurisprudenza ha evidenziato che se non è necessaria una confessione per dar corso alla mediazione e farla concludere positivamente, essa può comunque considerarsi un indice positivo di riuscita, per l'applicazione della norma in esame: BGH, Beschl. v. 20.9.2002, in *StV*, 2002, 649. Recentemente, è stato escluso il n. 1 in un caso in cui, al di là degli sforzi compiuti, l'autore abbia ricostruito il fatto invocando la legittima difesa ed assumendo egli stesso la posizione di vittima (trattavasi di lesioni personali): BGH, Urt. v. 25.2.2010, in *NStZ-RR*, 2010, 175. Al contrario, non sussiste alcuna indicazione contraria all'applicazione del n. 1 in ipotesi di riconoscimento di un eccesso di legittima difesa (BGH, Beschl. v. 4.8.2009, in *NStZ*, 2010, 82). Quanto alla considerazione della volontà della vittima, si è affermato che essa può essere trascurata solo quando gli sforzi siano stati compiuti con la ferma aspirazione di "renderla felice" (BGH, Urt. v. 31.5.2002, cit., 650) ed il rifiuto di quest'ultima non sia supportato da interessi meritevoli di ottenere una tutela giuridica (T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 402).

²⁶⁶ OLG Bamberg, Urt. v. 19.9.2006, in *NStZ-RR*, 2007, 37.

²⁶⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232, sottolinea anche l'importanza dell'esperienza e della sensibilità di coloro che guidano ed accompagnano il procedimento mediativo.

²⁶⁸ S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, cit., 123; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 867; B. BANNENBERG, *Victim-Offender*

giustapposto in un unico articolo ipotesi molto diversificate (riparazione del fatto, o della maggior parte/serio impegno alla riparazione del fatto/riparazione del danno, o della maggior parte) e suscettibili di esiti assai differenti (irrilevanza della riparazione/attenuazione della pena/rinuncia alla stessa) ha aggravato le difficoltà degli operatori nell'assicurare una sua applicazione univoca.²⁶⁹

Dai pur limitati dati a disposizione, che peraltro non distinguono tra le mediazioni attivate in forza del §46a StGB o, invece, a seguito di prescrizione,²⁷⁰ si evidenzia come la procedura mediativa vera e propria sia attivata soprattutto nella fase delle indagini preliminari (la percentuale supera anche il 90% dei casi di mediazione nel 2001), quale strumento di *diversion*,²⁷¹ ed in presenza di reati non certo bagatellari, come le lesioni.²⁷² Le prestazioni oggetto dell'accordo vengono normalmente eseguite.²⁷³

Il n. 2 del paragrafo in esame si incentra, invece, sulla riparazione o, più precisamente, sul risarcimento del danno, con la significativa peculiarità di richiedere qualcosa di più al reo rispetto a quanto previsto dalla disciplina civilistica: delle "prestazioni personalissime",²⁷⁴ uno sforzo od una rinuncia di carattere personale con lo scopo di favorire la sua responsabilizzazione e di evitare una monetizzazione della giustizia penale.²⁷⁵

Mediation in Germany, cit., 255. Come evidenzia D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 211, qui l'accordo può essere raggiunto da soli, con l'aiuto di un mediatore, degli avvocati o del pubblico ministero. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866, sembra più propenso a chiedere comunque l'instaurazione di un vero e proprio procedimento mediativo.

²⁶⁹ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 29; D. RÖSSNER, J. KEMPFER, *§46a StGB*, cit., 480. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 419, 457.

²⁷⁰ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 205, ricorda che le mediazioni, almeno fino al 2003, vengono attivate soprattutto in forza dei §§ 153 e 153a StPO.

²⁷¹ Il dato è rinvenibile in H.J. KERNER., A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2005, 18 ss., a seguito di un'indagine condotta su scala nazionale, tra il 1993 ed il 2002, per conto del Ministero della Giustizia.

²⁷² S. LENZ, E.G.M. WEITEKAMP, A.G. KERNER, *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, cit., 133, 136; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 210. H.J. KERNER., A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, cit., 32, indica, oltre alle lesioni (che rappresentano più della metà dei casi mediati), reati contro il patrimonio (furti, danneggiamenti).

²⁷³ La percentuale è compresa, nell'arco di tempo considerato, tra il 70% e l'85%: H.J. KERNER., A. HARTMANN, S. LENZ, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, cit., 100.

²⁷⁴ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866.

²⁷⁵ J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 60; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 256. La giurisprudenza afferma questo principio in modo costante, evidenziando che non è sufficiente il mero equivalente economico (BGH, Beschl. v. 25.7.1995, in *StV*, 1995, 584) e che i comportamenti posti in essere dall'autore del fatto devono

Ci si può chiedere se questa precisazione sia sufficiente rispetto al nobile scopo perseguito. Il § 4 *AE-WGM*, infatti, con una formulazione più attenta ad una valorizzazione espressa delle finalità della pena, anche se capace di suscitare problemi applicativi, imponeva al giudice di considerare se sussistessero esigenze specialpreventive o generalpreventive contrarie alla rinuncia alla pena, prima di concederla (“sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull’autore o sulla collettività”),²⁷⁶ ma non mancano interpretazioni che, pur senza supporto normativo, richiedono comunque di tenere presenti le medesime anche oggi nella valutazione giudiziale.²⁷⁷

In ogni caso, sul piano pratico, il risarcimento operato da parte dell’assicurazione non è considerato sufficiente per l’operatività della norma, essendo necessario che l’autore sia gravato di oneri personali,²⁷⁸ mentre vengono valutati positivamente impegni, come prestazioni lavorative, e sacrifici, quali la rinuncia ad una vacanza programmata.²⁷⁹ In ipotesi di responsabilità civile solidale è considerato favorevolmente un risarcimento parziale, ma non è possibile avvantaggiarsi solo degli sforzi posti in essere dai condebitori.²⁸⁰

A differenza di quanto richiesto dal n. 1, il semplice impegno ad eseguire una prestazione non può considerarsi esaustivo: sulle orme di quanto già affermato dalla dottrina, la giurisprudenza ha ribadito la necessità dell’esecuzione di quanto promesso per poter godere dei benefici di cui al §46a.²⁸¹

Appare significativa, invece, una recente sentenza, in cui si è riconosciuto sufficiente, per l’applicazione della norma (anche ai fini di una rinuncia alla pena),

esprimere un’assunzione di responsabilità nei confronti della vittima (BGH, Urt. v. 18.11.1999, in *NStZ*, 2000, 205).

²⁷⁶ AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit., 2. Si sofferma, nell’analisi, sulla problematica del rapporto tra i fini della pena H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 864 s.

²⁷⁷ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 467.

²⁷⁸ D. RÖSSNER, J. KEMPFER, §46a *StGB*, cit., 479; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 256. Cfr. BGH, Beschl. v. 19.10.1999, in *NStZ*, 2000, 83. Per una riflessione generale su questa problematica cfr. comunque D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 416 ss.

²⁷⁹ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 461; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s.

²⁸⁰ BGH, Beschl. v. 17.12.2008, in *NStZ-RR*, 2009, 133; BGH, Beschl. v. 20.1.2010, in *NStZ-RR*, 2010, 147.

²⁸¹ OLG Bamberg, Urt. v. 19.9.2006, cit., 37; BGH, Beschl. v. 13.4.1999, in *NStZ*, 1999, 454. Cfr. C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374.

un risarcimento pari a meno della metà del danno complessivamente cagionato, alla luce del fatto che la vittima aveva integralmente esonerato il reo dalla residua responsabilità civile. Anche se non emergono approfondimenti circa un eventuale processo comunicativo instaurato tra le parti, è chiaro che questa lettura risente profondamente dello spirito che anima il primo gruppo di ipotesi di cui al paragrafo in esame.²⁸²

La norma di cui si discute non esclude esplicitamente alcuna categoria di reati dal suo campo applicativo, con il favore di molti autori tedeschi.²⁸³ Una parte della dottrina individua, tuttavia, alcune preclusioni oggettive che limiterebbero di fatto l'efficacia estintiva o di circostanza attenuante della mediazione/riparazione: essa non potrebbe essere mai invocata, secondo taluno, in mancanza di vittime individuali,²⁸⁴ o, secondo altri, di vittime "determinate", anche se persone giuridiche.²⁸⁵ Diversi autori, invece, sulla scorta di quanto afferma, anche se non sempre in modo cristallino, la giurisprudenza, distinguono le ipotesi di cui al n. 1 da quelle di cui al n. 2. Se le prime sarebbero del tutto incompatibili, vista la necessità di un processo dialogico, con reati che sono privi di una vittima "in carne ed ossa" – e si dovrebbero quindi escludere anche le vittime - persone giuridiche – le seconde non conoscerebbero affatto dei limiti applicativi, potendo la riparazione dei danni essere rivolta anche ad una persona giuridica o all'intera collettività.²⁸⁶ Altri, infine, anche

²⁸² BGH, Urt. v. 11.2.2009, in *StV*, 2009, 409.

²⁸³ Oltre al già citato C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 400 s.; S. KASPEREK, *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, cit., 117; F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 128. Senza esprimere valutazioni, J.M. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, cit., 55, e K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 336, rilevano come non si possano escludere *a priori* nemmeno i crimini (*Verbrechen*).

²⁸⁴ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 209; B. BANNENBERG, *Victim-Offender Mediation in Germany*, cit., 255, la quale ritiene che sia dubbia la possibilità di applicare il §46a ai reati in cui la vittima sia una persona giuridica. Mannozi (a pag. 221 s.) invece rileva come, in Austria, il 4% di tutte le vittime che entrano in mediazione per reati commessi dagli adulti sono persone giuridiche. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 866 s. parla di necessità di una "vittima tangibile".

²⁸⁵ K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 336, evidenziano come l'opinione prevalente sia quella di escludere i reati "senza vittima". Con riferimento alle persone giuridiche, questo sembra essere anche l'orientamento di A. NISCO, *Persona giuridica "vittima" di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, cit., 787, il quale richiama la sentenza BGH, Urt. v. 18.11.1999, cit., 205, che riconosce applicabile il §46a StGB in ipotesi di persone giuridiche come vittime, ma si riferisce in realtà al n. 2.

²⁸⁶ I. JECKEL, *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, cit., 30 ss.; C. MORGENSTERN, *"Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace*, cit., 101. In questo senso, almeno per il secondo profilo, cfr. BGH, Beschl. v. 25.10.2000, in *NStZ*, 2001, 200f, che ha escluso, in tema di reati

con riferimento alle ipotesi di cui al n.1, lasciano problematicamente aperta la questione in ipotesi di persone giuridiche-vittime o di reati che, come la resistenza ad un pubblico ufficiale *ex* §113 StGB, offendono un interesse privato, anche se solo in via secondaria.²⁸⁷ La questione è effettivamente molto delicata e non univocamente risolta.

2.3 La giustizia riparativa in Spagna

2.3.1 La mediazione penale nell'esperienza spagnola: inquadramento normativo

La mediazione penale, in Spagna, ha ottenuto un riconoscimento normativo con la Legge n. 5 del 12 gennaio 2000 – dopo una prima apertura a forme di riparazione in funzione diversiva già con la legge n. 4/1992 – esclusivamente in ambito minorile, con la previsione di un temperamento al principio di legalità processuale per le ipotesi di raggiungimento di un accordo tra la vittima e l'offensore.²⁸⁸

Per quanto riguarda la giustizia degli adulti, alcune iniziative sperimentali in materia sono state invece promosse solo in forza di norme che indirettamente ne hanno potuto valorizzare gli esiti, in seguito soprattutto alle sollecitazioni che sono venute dai citati documenti sovranazionali ed in particolare dall'art. 10 della Decisione quadro del 2001, sulla posizione della vittima nel processo penale, che tuttavia la Spagna non ha normativamente implementato.²⁸⁹

La mediazione penale, anche se scoperta solo di recente ed in forza di iniziative provenienti dal basso, ha trovato quindi alcuni canali di ingresso nel

fiscali, l'applicabilità del n.1 - non essendo possibile l'instaurazione di un processo comunicativo – ma ha lasciato aperte le porte del n.2 (ha però escluso anche il n.2, mancando, nel caso in esame, delle prestazioni personali, BGH, Beschl. v. 20.1.2010, cit., 147) F. DÜNKEL, *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, cit., 128 evidenzia come la mediazione richieda che la vittima sia stata personalmente danneggiata. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 360, 463 s. evidenzia come rimanga aperta la questione relativa ai reati di pericolo ed al delitto tentato. Nella giurisprudenza tedesca, si deve comunque segnalare che si è applicata la norma in esame anche in un caso di tentato omicidio posto in essere da soggetto semi-imputabile (BGH, Beschl. v. 12.7.2000, in *StV*, 2001, 230).

²⁸⁷ D. RÖSSNER, *Mediation in Strafrecht*, cit., 212.

²⁸⁸ D. MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, cit., 56; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 40 s.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, 226.

²⁸⁹ J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2010, IV, n.3, 144.

sistema spagnolo, anche se indubbiamente fatica molto ad affermarsi su larga scala, soprattutto in conseguenza della vigenza, in tale ordinamento, del principio di obbligatorietà dell'azione penale.²⁹⁰

E' questa, infatti, l'opinione di molti autori, che ritengono indispensabile intervenire sulla legge processuale, se non addirittura previamente a livello costituzionale (art. 124 Cost.),²⁹¹ introducendo dei temperamenti alla rigidità del principio, per poter aprire le porte a forme di giustizia riparativa.²⁹²

Fino ad ora, però, poco è stato concluso. Se il dibattito su una possibile riforma in senso più accusatorio del sistema processuale spagnolo, che allo stato presenta ancora tratti inquisitori, con un ripensamento, moderato, del principio di obbligatorietà, si è aperto già a partire dalla metà degli anni Ottanta e, nel 2004, il Governo spagnolo ha giustificato la mancata implementazione della Decisione quadro in tema di giustizia riparativa proprio con il fatto che il tema avrebbe dovuto essere trattato in sede di revisione della legge processuale, alle parole non è seguito nessun significativo intervento normativo di riscrittura del codice, quanto invece semplici proposte o manifestazioni d'intenti.²⁹³

Con riferimento al quadro normativo attuale, che comunque non ha impedito la nascita di progetti, locali, in tema di mediazione penale, è necessario innanzitutto evidenziare come il diritto spagnolo distingua tra reati pubblici, semi-pubblici e privati.

I primi sono procedibili d'ufficio. Gli ultimi sono procedibili solo a seguito di una querela, che ha la natura di un'azione penale privata, senza partecipazione del pubblico ministero; essi sono caratterizzati dal fatto che il perdono dell'offeso (art.

²⁹⁰ Cfr. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1755; F. GASCÓN INCHAUSTI, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *Criminal Procedure in Spain*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, cit., 558 s.

²⁹¹ L'articolo in questione impone al pubblico ministero di promuovere l'azione della giustizia in difesa della legalità, dei diritti dei cittadini e dell'interesse pubblico tutelato dalla legge, d'ufficio o su istanza degli interessati.

²⁹² L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 46 s.; M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, in *Revista Electrónica de Derecho (REDUR 9)*, dic. 2011, 139 s.; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007, 196.

²⁹³ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 61; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 144; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, 2° Ed., Madrid, Editorial COLEX, 2008, 96. Cfr. anche L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 44 s. e L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1756.

215 c.p.)²⁹⁴ o comunque la rinuncia all'azione da parte del privato impediscono la prosecuzione del giudizio.²⁹⁵ I semi-pubblici, invece, formano una categoria non omogenea, dalla natura ibrida: il pubblico ministero interviene ed il perdono può rilevare solo in alcuni casi, ma una sorta di denuncia della vittima all'autorità è normalmente necessaria per poter dar corso al procedimento.²⁹⁶

La categoria dei reati privati è ristretta, poiché vi rientrano solo la calunnia ed i reati di ingiuria/diffamazione a danno di privati (considerati tutti delitti contro l'onore).²⁹⁷ Lo spazio per una mediazione in questo contesto è tuttavia indubbiamente molto ampio, tanto che preliminarmente alla presentazione della querela è richiesto dalla legge processuale – non troppo diversamente da quanto abbiamo visto nel diritto tedesco, per l'esercizio dell'azione privata – un tentativo di conciliazione obbligatorio, davanti, però, ad un giudice civile (art. 804 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

Quanto ai reati semi-pubblici, originariamente la vittima aveva un ruolo fondamentale, condizionando sempre l'inizio e la conclusione del procedimento penale. A partire dal 1983, invece, il quadro è progressivamente mutato, con l'introduzione di regimi diversificati. Si possono così distinguere illeciti penali con un diverso grado di rilevanza pubblicistica: reati (esclusivamente contro la libertà sessuale) in cui, se lo richiedono gli interessi legittimi in gioco, il pubblico ministero può mettere in moto il procedimento anche senza la denuncia del privato offeso ed il perdono non estingue la responsabilità penale (art. 191 c.p.); reati (come la procreazione assistita senza il consenso della donna, art. 161 c.p., o i reati societari, art. 296 c.p.) che richiedono la denuncia privata ed il perdono non rileva; reati (come

²⁹⁴ Come anticipato, e come rileva J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 59 s., se nella legge processuale si distingue, ancorché non sempre chiaramente (S. OROMÌ I VALL-LLOVERA, *La definizione di vittima nel sistema spagnolo*, in T. ARMENTA DEU, L. LUPARIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano, Giuffrè, 4 s.), tra *persona ofendida e perjudicado*, nel codice penale si tende ad utilizzare, indistintamente, il termine *victima* (art. 21 c.p.), da identificarsi, in forza del disposto dell'art. 113 c.p., con il soggetto che ha subito danni morali o materiali causati (direttamente, secondo la giurisprudenza) dal reato. In dottrina, tuttavia, si rinviene la nozione di *sujeto pasivo del delito* (G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, cit., 704).

²⁹⁵ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 167.

²⁹⁶ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 133 ss.

²⁹⁷ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 162 ss. Come ben rileva l'autore, peraltro, anche se riferendosi al codice ormai superato, la fattispecie di calunnia contemplata dal diritto spagnolo è ben diversa dalla solo apparentemente corrispondente fattispecie italiana, in quanto quella spagnola è configurata come falsa attribuzione di un delitto (non è necessario che avvenga in una determinata forma, né che sia diretta all'autorità).

il danneggiamento colposo per un valore superiore ad 80.000 Euro, art. 267 c.p., i reati contro la privacy o in materia di violazione e rivelazione di segreti, art. 201 c.p.) in cui la denuncia della vittima è necessaria per l'attivazione del procedimento ma il perdono estingue la responsabilità; reati (calunnia od ingiuria contro una pubblica autorità o un pubblico agente, art. 215.1 e 215.3 c.p.) in cui la denuncia non è necessaria, ma comunque il perdono rileva ed, infine, reati prossimi alla categoria dei privati (alcune contravvenzioni, come minacce ed ingiurie di carattere lieve, art. 620 c.p., o lesioni colpose minori, art. 621 c.p.) caratterizzati, oltre che dalla necessità di una denuncia privata e dalla possibilità di definire il procedimento mediante il perdono dell'offeso, dal fatto che il pubblico ministero può addirittura decidere di non intervenire.²⁹⁸

In questo variegato contesto, la mediazione penale ha trovato un proprio spazio, come strumento idoneo, in ipotesi di raggiungimento di un accordo reciprocamente soddisfacente, ad impedire la presentazione di una denuncia da parte dell'offeso o a condizionare la scelta del pubblico ministero nella ponderazione degli interessi in gioco (in materia di reati contro la libertà sessuale) oppure, ancora, laddove rilevante, a favorire la definizione del procedimento a seguito del perdono.²⁹⁹

Per i reati pubblici – e comunque, in generale, per tutti i reati – lo spazio per tener conto della mediazione penale è stato trovato altrove, anche se con effetti meno dirimpenti.

Il pubblico ministero, nel processo penale spagnolo, ha l'obbligo di esercitare l'azione civile contestualmente a quella penale, a prescindere da una richiesta dell'interessato – principio che si applica invece nel diritto civile – a meno che il danneggiato non vi rinunci o si riservi espressamente il diritto di richiedere, in seguito, il risarcimento in sede civile (art. 108 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).³⁰⁰ Così, normalmente, quando il danno sussiste ed è riparabile (art. 116.1 c.p.), alla

²⁹⁸ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 134. Cfr. altresì M.E. CATALDO, *Il procedimento penale davanti al giudice di pace in Spagna*, in *Indice pen.*, 2001, 926.

²⁹⁹ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 75 ss.; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, in R. SÁEZ VALCÁRCCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 98.

³⁰⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *Criminal Procedure in Spain*, cit., 609; L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 215, 233.

condanna penale si accompagna il riconoscimento dell'esistenza della responsabilità civile, con la quantificazione del dovuto, contestuale o rinviata al momento dell'esecuzione.

La dottrina spagnola maggioritaria nega, però, che vi sia una relazione così significativa tra la riparazione del danno ed i fini della pena, da consentire di prescindere da questa in ipotesi di condotte riparatorie.³⁰¹ La riparazione, infatti, integra solo una circostanza attenuante comune (art. 21.5^o c.p.) – “fondata su ragioni di politica criminale orientate alla protezione delle vittime”³⁰² – per le ipotesi in cui il colpevole abbia riparato il danno alla vittima o ne abbia diminuito gli effetti, in qualsiasi momento del procedimento purchè prima dell'inizio del “giudizio orale”³⁰³. Tale riparazione, anche se non integrale, deve provenire personalmente dall'autore del fatto³⁰⁴ e deve potersi qualificare come rilevante o significativa.³⁰⁵ Non sono escluse, secondo la maggior parte della dottrina, le prestazioni simboliche.³⁰⁶

Grazie a questo articolo, così, insieme ad altre attenuanti disciplinate nella parte speciale,³⁰⁷ la mediazione, concretizzatasi – anche in caso di mancato accordo –

³⁰¹ M.C. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, cit., 245 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, cit., 735 ss.; J.M. TAMARIT SUMALLA *La reparación a la víctima en el derecho penal*, Barcelona, Funcació Jaume Callís, 1994, 179 ss. Cfr., però, in senso contrario, con chiari influssi della dottrina tedesca, G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, cit., 361 ss.

³⁰² B.J. FEJOO SÁNCHEZ, *Atenuantes*, in J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica Jurisprudencial del Código Penal: Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, Madrid, Bosch, 2006, 121. Cfr. altresì P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 294.

³⁰³ E' questa la fase “dibattimentale” del procedimento penale, dopo quella preliminare (indagini) ed intermedia (con cui si chiude la fase delle indagini). Cfr. S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 136.

³⁰⁴ La giurisprudenza ha escluso, anche di recente, che possa rilevare il risarcimento eseguito dalla Compagnia Assicuratrice: Tribunale Supremo, 9118/2011, del 27 dicembre, in <http://www.poderjudicial.es>.

³⁰⁵ J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 98, nt. 53.

³⁰⁶ L. BACHMAIER, A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, cit., 182. In questo senso sembrerebbe essersi espressa anche la giurisprudenza spagnola: cfr. sentenze del Tribunale Supremo, 216/2001, del 19 febbraio e 794/2002 del 30 aprile, in B.J. FEJOO SÁNCHEZ, *Atenuantes*, cit., 122. *Contra*, però, J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 87, 109, 113, citando la sentenza del Tribunale Supremo n. 1006/2006 del 20 ottobre, che peraltro ha anche escluso che l'attenuante possa applicarsi in ipotesi di mera partecipazione ad un programma di mediazione, senza alcuna, concreta, attività di riparazione.

³⁰⁷ Cfr. in particolare, in materia di reati urbanistici, ambientali o contro la protezione del patrimonio storico, l'art. 340 c.p.

in una riparazione del danno, può giustificare un'attenuazione di pena ed è stata, almeno indirettamente, valorizzata.³⁰⁸

Pur se esulano dal presente studio le pratiche riparative in fase di esecuzione della pena, possiamo infine ricordare che un ruolo, anche se minore, è stato riconosciuto alla mediazione, finalizzata alla riparazione, nell'ottenere la sospensione (art. 81.3^o c.p.) o la sostituzione (art. 88.1 c.p.) della pena privativa della libertà.³⁰⁹

Nella situazione descritta – sostanzialmente stagnante sul piano normativo ed ancora in attesa di una riforma processuale di ampia portata, che consenta di introdurre le modifiche sollecitate a livello sovranazionale – è comunque significativo notare come il legislatore spagnolo si sia ricordato della giustizia riparativa, anche se solo per limitarne l'ambito applicativo.

Con una legge del 2004 (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre*), infatti, prendendo atto dell'esistenza in Spagna di pratiche di mediazione, è stato vietato il ricorso alla procedura mediativa in ipotesi di violenza contro le donne (per tutti i casi attribuiti alla competenza del neoistituito “giudice della violenza sulle donne”). Si discute vivacemente sull'effettiva portata applicativa di questa criticata disposizione³¹⁰ e le preoccupazioni che hanno animato l'intervento non sono in sé irrilevanti, ma se, come sembra, non si può escludere un'ampia interpretazione del divieto, non si capisce perché, una volta che si è deciso di lasciare agli attori sociali

³⁰⁸ Cfr. J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 68, che sottolinea anche i problemi interpretativi posti dall'art. 340 c.p., che premia, con l'attenuazione di pena, la volontaria riparazione del danno causato in una serie di reati in cui è difficile rinvenire una vittima in senso stretto. Vedi altresì J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 159; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 41; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 98; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, cit., 100.

³⁰⁹ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 137 s.; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 99; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 72 ss.; P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 294 s. In forza dell'art. 81 c.p., infatti, la soddisfazione delle obbligazioni civili nascenti dal reato è condizione necessaria per ottenere la sospensione (a meno che non sia stata giudizialmente dichiarata l'impossibilità, totale o parziale, del condannato di farvi fronte). Lo sforzo per la riparazione del danno, invece, viene considerato, in forza dell'art. 88 c.p., ai fini della sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria e/o lavori di pubblica utilità.

³¹⁰ In particolare, se si possa pensare ad una sua applicazione limitata solo all'ambito civile o effettivamente anche a quello penale, dove la mediazione è riconosciuta a livello normativo unicamente per i minori: cfr. J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 107; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 301; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 127.

ogni iniziativa in materia, rinunciando ad una disciplina unitaria, non si possa poi evitare di introdurre limitazioni aprioristiche e confidare invece nella capacità dei professionisti di valutare, con adeguata ponderazione, caso per caso, gli squilibri di potere, le debolezze e gli interessi in gioco.³¹¹

L'atteso pronunciamento della Corte di Giustizia UE, su possibili violazioni del diritto comunitario integrate dal divieto, non ha tuttavia dato gli esiti sperati. Come abbiamo già illustrato, infatti, nella sentenza *Gueye e Salmerón Sánchez* del settembre 2011, la Corte, proprio sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo con riferimento a tale disciplina, ha ribadito che gli Stati membri hanno un ampio margine di apprezzamento e possono escludere dalla procedura mediativa determinati reati, tenuto conto della loro particolare natura.³¹²

2.3.2. *Le pratiche riparative nelle pieghe del sistema penale spagnolo*

Pur nel quadro normativo descritto, che non contribuisce certo ad una crescita rigogliosa delle pratiche riparative, si sono sviluppate in Spagna, come anticipato, alcune esperienze significative, su base prevalentemente regionale, che devono essere, anche se brevemente, menzionate.

In ordine cronologico, la prima sperimentazione di mediazione nel campo degli adulti risale al 1993 e si è svolta a Valencia, grazie ad un accordo stipulato tra l'autorità giudiziaria ed un servizio pubblico, locale, rivolto alla protezione degli interessi delle vittime; il fondamento normativo di tale procedura veniva ravvisato proprio nella già citata possibilità di perdono, da parte dell'offeso, in talune ipotesi o comunque nella facoltà di attenuare la pena o di sostituirla, in ipotesi di incontro conclusosi positivamente, con una riparazione.³¹³

³¹¹ Cfr. sul punto C. ESTIRADO DE CABO, *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 213.

³¹² Sentenza della Corte di Giustizia UE (Quarta Sezione) del 15 settembre 2011, relativa alle Cause riunite C-483/09 e C-1/10, procedimento penale a carico di Magatte Gueye e Valentín Salmerón Sánchez, (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Audiencia provincial de Tarragona - Spagna), già citata.

³¹³ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 182 s.; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 230 s.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 42; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007, 329.

La realtà spagnola che ha tuttavia il significato più importante in tema di giustizia riparativa, anche per la sua durata e continua vigenza, è quella sviluppatasi in Catalogna: a partire dal 1990 per quanto riguarda l'ambito minorile ed estesa agli adulti dal 1998.³¹⁴ Tale Comunità Autonoma, infatti, ha finanziato i primi programmi in materia, in ciò agevolata da alcune competenze riconosciute dallo Statuto, oltre che nel settore della giustizia minorile, anche con riferimento alle procedure di conciliazione e mediazione (non espressamente penale), al sistema penitenziario e, più in generale, all'amministrazione della giustizia.³¹⁵

Ulteriori, isolate, esperienze sono nate e si sono tempestivamente concluse – a causa di problemi in gran parte organizzativi e di divergenze, nell'interpretazione delle norme, tra mediatori, pubblici ministeri e giudici – a Vitoria, a La Rioja e a Madrid.³¹⁶ Le sorti di tali sperimentazioni hanno cominciato a mutare solo di recente, soprattutto a partire dal 2008, da quando il *Consejo General del Poder Judicial*, organo costituzionale che esercita funzioni di governo del potere giudiziario, tenendo conto delle indicazioni sovranazionali, ha elaborato un piano di modernizzazione della giustizia che riconosce alla mediazione un ruolo rilevante, unitamente a diversi altri obiettivi di riforma, iniziando a sostenere alcuni progetti-pilota, con la stipula di protocolli attuativi, ed a coordinare dal centro molte iniziative locali, che sono state ulteriormente sollecitate, con esiti soddisfacenti, in diverse parti del Paese.³¹⁷

³¹⁴ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 17526; R.M. FREIRE PÉREZ, *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, cit., 92; J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145 s.; J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 183; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., 325.

³¹⁵ C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 39 ss. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 153. I casi inviati in mediazione in Catalogna, per il settore degli adulti, non hanno comunque superato, nel 2007, il numero di 800.

³¹⁶ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, cit., 187 ss.; L.F. GORDILLO SANTANA, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., 331 ss.; C. CASADO CORONAS, *Restorative Justice: an Agenda for Europe*, cit., 42 s.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 231 s.

³¹⁷ Per le informazioni in materia cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>. Cfr. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 145 ss. Il contributo (150 ss.) riporta alcuni dati statistici (anche se parziali, perché non riferiti a tutte le comunità), relativi all'anno 2009: l'accordo è stato raggiunto nell'80% dei casi in cui si è dato corso ad una procedura mediativa.

Le prospettive per il futuro della giustizia riparativa in Spagna non sono affatto chiare.³¹⁸ Non è secondario evidenziare, soprattutto nella contingenza attuale, come nel dibattito dottrinale in merito alla possibile introduzione della mediazione si sia posto frequentemente l'accento, con preoccupazione, sulla necessità di pensare a significativi investimenti, anche economici, per potervi dare seriamente corso.³¹⁹ Le recenti sentenze della Corte di Giustizia UE, che hanno di fatto escluso la natura strettamente precettiva dell'art. 10 della Decisione quadro del 2001, rischiano poi di rallentare ulteriormente il processo riformatore.

Le proposte di revisione del sistema normativo elaborate dalla dottrina, in ogni caso, non mancano e sono spesso accompagnate da serie riflessioni sulle garanzie (presunzione di non colpevolezza) che devono essere assicurate a chi partecipa ad una procedura mediativa, secondo le indicazioni provenienti dai documenti sovranazionali.³²⁰ In un recente contributo,³²¹ ad esempio, si è sottolineato come una legge in materia, che dovrebbe essere statale in forza del disposto dell'art. 149.1.6. della Costituzione,³²² potrebbe sollecitare un ampio ricorso alla procedura mediativa, graduandone le conseguenze in caso di riuscita. Se, per i reati meno gravi, si potrebbe pensare ad una rinuncia alla pena, con definizione anticipata del procedimento, per quelli più gravi si dovrebbe consentire unicamente una sua attenuazione. Sul piano della tipologia dei reati coinvolti, la mediazione dovrebbe essere comunque esclusa in presenza di illeciti penali senza vittima (come i reati di pericolo), contro l'ente pubblico o contro la collettività.

³¹⁸ J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, cit., 159.

³¹⁹ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 139.

³²⁰ J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 101 ss.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 247 ss., 266 ss.

³²¹ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 144 s. Per una proposta molto più ampia, quanto ai reati interessati, cfr. invece J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, cit., 106 ss., che propongono (p. 142), tuttavia, per la rinuncia alla sanzione con definizione anticipata del procedimento, il limite di pena di un anno di detenzione. S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 251 ss., invece, elabora una proposta più articolata, distinguendo, secondo la gravità dei casi, tra ipotesi in cui il procedimento può essere definito anticipatamente ed ipotesi in cui esso va concluso, anche se con rinuncia alla pena.

³²² L'articolo elenca le materie di competenza statale, tra le quali rientra anche quella penale, salve le peculiarità delle Comunità Autonome.

2.4 Breve sguardo d'insieme: un panorama complesso

Il pur breve *excursus* in tema di giustizia riparativa, che si è cercato di offrire, sollecita alcune osservazioni provvisorie in tema di definizione alternativa dei procedimenti, nei tre ordinamenti europei considerati.

Il panorama che si mostra allo studioso è molto complesso.

La Francia rappresenta senza dubbio lo Stato in cui la prospettiva riparativa è stata indagata fin dalle prime esperienze in misura più approfondita, con speciale attenzione ai profili che attengono alle relazioni tra le vittime e gli autori di reato ed in particolare alla mediazione, quale forma autentica di processo riparativo, al centro di una dinamica di progressiva istituzionalizzazione. E' però importante considerare le ragioni di una tale tendenza, legate al fatto che tali pratiche rappresentavano per i pubblici ministeri, liberi altrimenti di archiviare direttamente il caso, uno strumento idoneo a dare voce alla vittima, offrendo una qualche risposta alla sua domanda di giustizia. Dato per scontato che alla pena si potesse rinunciare, visto che già esistevano nel diritto penale sostanziale strumenti, come la dispensa da pena, che consentivano di distinguere la condanna dall'infrazione di una sanzione, non si cercava tanto un'alternativa ad essa, quanto un mezzo per arricchire di contenuto una soluzione processuale, in qualche modo per "moralizzarla",³²³ facendosi carico del conflitto penalmente rilevante.

Se la dottrina francese rappresenta un punto di riferimento fondamentale per gli studi sul significato e sullo spirito della mediazione ed all'ordinamento francese si deve guardare per quanto riguarda alcuni profili della progressiva disciplina delle pratiche mediative – non senza rilevare criticità connesse alla stretta dipendenza tra mediatori e pubblico ministero, all'utilizzabilità nel giudizio delle dichiarazioni rese in sede di mediazione ed alla recente tendenza a ricercare, a danno di tale procedura riparativa, soluzioni più rapide attraverso semplici richiami o forme di sanzione mascherata (composizione penale) – non si possono sempre trovare in esso risposte esaurienti ai molti problemi che pone un sistema come il nostro, incentrato sul principio di legalità processuale, o comunque qualora si cerchi una riflessione sulle ragioni per le quali non si dovrebbe punire il soggetto che abbia commesso un reato,

³²³ M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 101.

ma tuttavia si attivi per ricostruire una relazione con la vittima e ponga in essere una condotta riparatoria. Il sistema francese riconosce al pubblico ministero un'ampia libertà (anche se di recente "ridefinita"), tanto da consentirgli di rinviare a giudizio in caso di esito positivo della mediazione o di archiviare in caso di esito negativo e, attraverso l'introduzione di requisiti per l'attivazione della procedura posti ormai in alternativa tra loro, permette di fatto al procuratore della Repubblica, a seconda dei casi, di porre in secondo piano il fine del superamento del turbamento sociale provocato dal reato o quello della risocializzazione del reo.

Quanto alla disciplina delle pratiche, possiamo invece evidenziare come in Francia, ordinamento che conosce la mediazione (almeno sperimentalmente) da molto tempo, attraverso la descritta, crescente attenzione per una dettagliata descrizione della procedura abilitativa richiesta per accedere all'attività di mediatore, si sia, quanto meno teoricamente, compreso come proprio le caratteristiche di tali figure costituiscano la chiave di successo delle pratiche di mediazione, che non possono essere certo gestite, improvvisando, da soggetti privi di una professionalità idonea, e comunque devono essere condotte da figure estranee al processo.

La recente diminuzione del numero di casi inviati in mediazione, invece, mette in guardia dagli eccessivi entusiasmi nel momento in cui questa procedura viene posta a confronto con soluzioni più rapide e meno costose (richiami o composizioni penali), volte sempre ad ottenere una forma di archiviazione. Pur se queste diverse opzioni appaiono difficilmente proponibili in un ordinamento come il nostro, rendendo meno significativo il confronto, non si dovrà sottovalutare questo profilo, da bilanciare sempre con il fatto che i vantaggi di una mediazione riuscita vanno al di là della semplice definizione del procedimento penale.

La Germania, come abbiamo visto, ha conosciuto un dibattito molto fecondo in tema di riparazione (*Wiedergutmachung*), un concetto che è stato posto in relazione con la mediazione penale, facendo apparire – forse a torto – poco necessario al legislatore tedesco, dopo la riforma del 1994 che ha introdotto nel codice penale il §46a, un intervento deciso a sostegno dei processi strettamente riparativi, anche a seguito dei più recenti atti sovranazionali. Non sono mancate iniziative rilevanti, sul piano simbolico, come l'introduzione dell'obbligo, in capo al giudice ed al pubblico ministero, di verificare se vi siano i presupposti per la

mediazione penale (§155a StPO), ma non si è scelto chiaramente di favorire una concezione “dialogica” o “relazionale” della riparazione rispetto a prestazioni solo economiche. La riflessione condotta esplicitamente sui processi riparativi, sui loro principi e sui loro effetti, è poi molto meno ampia di quella francese.

In una prospettiva di riforma, lasciando da parte le soluzioni unicamente processuali, che presentano molti aspetti critici (come la prescrizione della mediazione), il §46a StGB – significativamente valorizzato anche in funzione diversiva, con il §153b StPO, che consente di tener conto fin dalle indagini dei risultati di una mediazione/riparazione spontaneamente attivata – merita tuttavia di essere considerato con grande attenzione per i problemi che ha posto e per le diverse interpretazioni che ha sollecitato. Non è da sottovalutare, in particolare, come la norma consenta di non discriminare l'autore del fatto che si impegna per raggiungere un componimento, ma incontra una vittima contraria ad ogni sollecitazione in tal senso. L'impressione che tuttavia l'osservatore non può non farsi è proprio quella di una mediazione/riparazione del fatto relegata ad un ruolo marginale rispetto al ben più appetibile strumento offerto dalla “riparazione del danno”, nella forma di un risarcimento monetario, anche se frutto di uno sforzo personale.

Il giusto rapporto tra la dimensione relazionale/dialogica o, comunque, riparatoria in senso ampio, e quella riparatoria in termini solo economici non è facile da trovare, ma, forse, esse dovrebbero essere viste come complementari, più che come separate (anche fisicamente, in due diversi sottoparagrafi del medesimo articolo).

Inoltre, appare più coerente e proficuo pensare ad una chiara delimitazione dei reati ai quali una norma simile possa esser applicata, invece di estenderne il campo indistintamente, sulla scorta soltanto della pena irrogabile in concreto.

Infine, soprattutto in vista dell'esame della disciplina italiana del giudice di pace, è interessante ricordare il §380 StPO, che richiede un tentativo obbligatorio di conciliazione, preliminare all'esercizio dell'azione penale privata, proprio per reati che in gran parte sono attribuiti, in Italia, alla competenza penale del giudice onorario.

L'esperienza spagnola si differenzia profondamente da quelle appena descritte, a causa della mancanza di un riconoscimento normativo della mediazione, salvo che per quanto riguarda l'ambito minorile.

Con riferimento alla giustizia penale degli adulti, è interessante notare come alcuni progetti si siano faticosamente imposti, nelle pieghe del sistema penale e, in qualche modo, anche se paradossalmente solo per limitarne il campo di applicazione in materia di violenze di genere, il legislatore abbia dovuto prendere atto della loro esistenza.

Le prospettive dell'ordinamento spagnolo in tema di giustizia riparativa non sono affatto chiare, ma l'esempio è significativo per comprendere, ancora una volta, come lo strumento possa essere coraggiosamente sperimentato anche fuori da un'espressa previsione normativa.

Allo stesso tempo, è interessante notare come parte della dottrina spagnola, stimolando una revisione del principio di legalità processuale, nella sua rigidità, anche per consentire lo sviluppo della mediazione, abbia capito che essa, veicolo fondamentale per l'umanizzazione della giustizia penale, può rivestire una certa utilità per l'efficienza del sistema processuale, soprattutto se utilizzata anticipatamente, in fase di indagini, come avviene sia in Francia che in Germania.

Ferme queste prime osservazioni, possiamo fin d'ora evidenziare che nell'analisi critica del sistema del giudice di pace italiano, che ci occuperà nelle prossime pagine, per delinearne una proposta di sviluppo, le esperienze straniere citate – ed in particolar modo quella francese e quella tedesca, per lo spazio riconosciuto alla mediazione/riparazione – rappresenteranno un punto di riferimento utile. Se, come abbiamo potuto constatare, le caratteristiche del modello processuale adottato condizionano profondamente le soluzioni proposte nei diversi ordinamenti, non è da escludere che alcune di esse possano comunque, con i dovuti adattamenti, contribuire a valutare i risultati raggiunti ed a stimolare delle evoluzioni anche all'interno del nostro sistema.

CAPITOLO QUARTO

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA DISCIPLINA ITALIANA DEL PROCESSO PENALE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE: PRINCIPI INFORMATIVI DEL D.LGS. 28 AGOSTO 2000 N. 274 ED ANALISI CRITICA DEGLI ISTITUTI CARATTERIZZANTI IL MODELLO

1. *I principi informativi della normativa italiana in tema di competenza penale del giudice di pace. Dalla legge delega al decreto legislativo*

L'indagine sulla giustizia riparativa verrà condotta, per quanto riguarda la realtà giuridica italiana, con riferimento al sistema del giudice di pace.

Pur con i limiti che derivano alla riforma dalla sua applicazione ad un numero circoscritto di reati e, addirittura, secondo alcuni convinti sostenitori della *restorative justice*, da una sola relativa accentuazione dell'elemento riparatorio e di incontro tra vittima ed offensore,¹ con il decreto legislativo del 2000, il legislatore italiano si è posto dichiaratamente in una prospettiva affine nell'ambito della giustizia penale degli adulti, elaborando un modello diverso rispetto a quello tradizionale, con profili di estremo interesse, anche per la sua vocazione sperimentale.²

¹ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, cit., 108 ss.

² Come si legge nella Relazione d.lgs. 274/2000 (I.1): "La legge delega in materia di competenza penale del giudice di pace e il presente decreto legislativo introducono nell'ordinamento importanti novità, delineando un modello di giustizia penale affatto diverso da quello tradizionale, destinato ad affiancarsi a quest'ultimo in funzione ancillare, ma suscettibile di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la sua positiva "sperimentazione" sul campo della prassi". Tale Relazione può essere consultata all'indirizzo: http://www.penale.it/legislaz/rel_dlgs_28_8_00_274.htm#uno. F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale* (2001), in http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idCat=19&idArt=4387, par. 5.3, si riferisce proprio all'immagine del reato che, prima di essere un'offesa contro l'ordinamento giuridico, lo è

Come è stato da subito affermato, sulla base della prima lettura della legge, ed in particolare dell'art. 2 c. 2 del decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274, (*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999 n. 468*), il sistema del giudice di pace privilegia “la prospettiva riparatoria e quella della mediazione tra offeso ed imputato”³ e può dirsi informato, nella risposta penale al reato, da un “principio riparatorio”⁴.

Il giudice onorario è chiamato, infatti, a trovare una composizione tra offeso ed offensore ed ha a disposizione nuove e peculiari modalità di definizione alternativa del procedimento, tra le quali, in particolare, l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, un istituto che richiama coerentemente quanto si è affermato sullo specifico tema della componente riparativa nell'ambito del diritto penale, come delimitata possibilità di rinunciare alla pena in presenza di spontanee condotte positive, nel contesto di una giustizia relazionale.

1.1 La riforma del giudice di pace come strumento deflattivo e sperimentale

Non è stato semplice, per il legislatore italiano, superare la propria diffidenza verso una nuova figura di giudice penale, non professionale.

Le vicende che hanno portato all'approvazione del d.lgs. 274/2000 si sono sviluppate normativamente soprattutto a partire dall'inizio degli anni '90, con la legge 21 novembre 1991 n. 374, istitutiva del giudice di pace in materia civile. Il tempo ha tuttavia positivamente inciso sul significato stesso di una riforma rivelatasi innovativa su molti piani, ma che in una prima fase – abbandonate le impostazioni più radicali emerse negli anni Settanta a favore di un magistrato elettivo che sapesse interpretare da vicino i nuovi valori emergenti nella società civile (ambiente, sicurezza sul lavoro)⁵ – aveva mirato quasi in via esclusiva a soddisfare un'esigenza

contro la vittima, alla quale provoca dolore, danno e nei confronti della quale l'autore deve porre in essere un'attività riparatrice. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 302, che parla di un modello che trova molte assonanze con la *restorative justice*.

³ A. GIARDA, *Principi e regole del “procedimento”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 78.

⁴ M. BOUCHARD, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 29.

⁵ S. CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 34; G. FIDELBO, E. GALLUCCI, *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, in *Cass. pen.*,

di deflazione dei carichi di lavoro della magistratura ordinaria, sulla base di principi e criteri direttivi assai generici.⁶ Nel capo III della legge del 1991 (artt. 35-38) era infatti contenuta una delega al governo con riguardo alla competenza penale, molto stringata, sia per l'individuazione dei reati, come vedremo, che per la disciplina del procedimento, da operarsi secondo le indicazioni di cui all'articolo 2, comma 1, n. 103 (in tema di giudizio pretorile) della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, la n. 81/1987, "con le massime semplificazioni rese necessarie dalla particolare competenza dello stesso giudice".⁷

La delega legislativa, tuttavia, non veniva esercitata in tempo. Nonostante le proroghe, il mancato rispetto del termine ultimo (30 dicembre 1994) per il suo esercizio determinava la conclusione infruttuosa del primo tentativo di riforma: sull'esigenza di pervenire ad una concreta deflazione dei carichi di lavoro dinnanzi ai togati era finita per prevalere una certa preoccupazione politica nel "dare attuazione

2002, 7; A. SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2000, 228; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2006, 8; A. PROTO PISANI A., *Il giudice di pace tra mito e realtà*, in *Foro it.*, 1989, V, 3; G. FIDELBO, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 33. Come ricorda L. CARBONE, *Le iniziative legislative in materia di giudice di pace*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 56 s., negli anni 1976 e 1977 erano stati predisposti dal Ministro di Grazia e Giustizia Bonifacio due schemi di disegno di legge che contemplavano la competenza penale del giudice di pace e che chiamavano a concorrere alla nomina di quest'ultimo i consigli comunali. Il dibattito successivo si concentrò su questi due punti focali: la competenza penale del giudice di pace e la sua nomina anche indirettamente elettiva; un profilo, l'ultimo, che coinvolge due precetti costituzionali: da un lato la partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia di cui all'art. 102 c.3 Cost., ribadita dal c.2 dell'art. 106 Cost., che consente la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari e, dall'altro, le garanzie di autonomia ed indipendenza della magistratura, sancite dal c.1 dell'art. 104 Cost. G. ILLUMINATI, *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 44 evidenzia come l'art. 106 Cost. fosse probabilmente orientato verso un modello forte, rappresentativo di giudice di pace. Come rilevano E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 1992, 2236 e B. CAPPONI, *Art. 36*, in M. ACONE, B. CAPPONI, C. CECHELLA, G. MANZO, *Il giudice di pace. Commento alla legge n. 374/1991*, Napoli, Jovene, 1992, 237, gli schemi Bonifacio, però, non divennero mai materia di iniziativa legislativa, essendosi fermati ad uno stadio preliminare.

⁶ E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 7 s.; S. CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, cit., 34; G. FIDELBO, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 34; B. CARAVITA DI TORITTO, *Il giudice onorario nella prospettiva costituzionale* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 36. B. CAPPONI, *Art. 36*, cit. 238 s., richiama però i lavori preparatori per evidenziare come la competenza penale potesse rilanciare in modo adeguato la figura del giudice onorario. Nello stesso senso: S. CHIARLONI, *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, cit., 41.

⁷ Contrariamente a quella che sarà la scelta operata nella più recente riforma, la dottrina, sulla scorta di questa indicazione di carattere processuale, prevedeva una vera e propria esaltazione dei procedimenti speciali, come caratteristica del rito di pace (G. SPANGHER G., *Sub artt. 36 e 37*, in C. CONSOLO, F. TOMMASEO (a cura di), *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, Cedam, 1996, 285).

ad una riforma che presupponeva una non ancora realizzata qualificazione della professionalità della magistratura onoraria”.⁸ Allo stesso tempo, insistere per la competenza penale avrebbe rischiato di pregiudicare l’entrata in vigore delle norme sulla competenza civile, vanificando l’intera riforma. Si preferiva così evitare il diffondersi di un clima di eccessivo ostracismo nei confronti della figura del giudice di pace in quanto tale, rinunciando ad una parte della proposta.⁹

Il modello sommariamente delineato nel 1991¹⁰ e retto in prevalenza da esigenze economiche, a dire il vero, non aveva convinto nemmeno buona parte della dottrina, che aveva paventato il rischio della nascita di una “giustizia “minore” dai confini piuttosto sfumati con il sistema dell’illecito amministrativo punitivo, sul piano sostanziale, e tendente ad un netto depotenziamento dei profili garantistici, su quello procedimentale”.¹¹

Un nuovo percorso di riforma veniva attivato a partire dal 1996, con l’iniziativa intrapresa dal Ministro della Giustizia Flick, e si concludeva positivamente nel 1999, con l’approvazione della legge n. 468 del 15 dicembre, contenente una nuova e più dettagliata delega al governo in materia di competenza penale del giudice di pace, alla quale sarebbe seguito il d.lgs. 274/2000.¹²

Alcuni rischi che erano stati individuati dalla dottrina sulla scorta della legge del 1991 potevano con il tempo essere considerati in gran parte superati: nel giugno del 1999, con legge n. 205, era stata elaborata un’ulteriore delega per la depenalizzazione dei reati minori, poi attuata con il d.lgs. 507/1999, mentre, quasi contestualmente alla legge n. 468, erano stati inseriti in Costituzione i principi del giusto processo (legge cost. n. 2 del 23 novembre 1999). Gli illeciti penali attribuiti alla competenza del magistrato onorario erano quindi stati già riconosciuti come meritevoli di non essere depenalizzati e, quanto al rito, le garanzie neointrodotte ad

⁸ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, 2007, 4. F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale*, cit., par. 2, parla altresì della necessità di una maggior ponderazione sulla riforma.

⁹ D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 7.

¹⁰ V. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 28, parla di “delega mal disegnata”.

¹¹ E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 8.

¹² D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 10.

un livello sovraordinato avrebbero dovuto essere rigorosamente rispettate.¹³

La legge 468/1999 riserva alla delega in materia di competenza penale del giudice di pace alcuni articoli, che esprimono un discreto sforzo progettuale, da completarsi ad opera del governo. Oltre a definire i reati – “di gravità ridotta (ma tutt’altro che insignificanti)”¹⁴ – attribuiti alla cognizione del nuovo giudice (art. 15), auspicabilmente capace, con la sua distribuzione capillare sul territorio, di favorire il riavvicinamento dei cittadini alla giustizia penale, si tratteggiano (negli artt. 16 e 17) i caratteri di un sistema penale alternativo, semplificato nelle forme processuali,¹⁵ e contraddistinto dal fatto che il ricorso alla pena, rigorosamente non detentiva,¹⁶ deve rappresentare l’ultimo strumento a disposizione del magistrato, da utilizzarsi, una volta accertato l’illecito penale, solo a seguito della mancata ricomposizione del conflitto, diretta a soddisfare gli aspetti riparatori e risarcitori conseguenti al reato.¹⁷

Il decreto legislativo – che ripropone quasi integralmente i risultati cui era giunta la commissione “Padovani” istituita presso il ministero – sviluppa tali premesse abbastanza coerentemente, per dar vita ad un diritto penale più “leggero”, dal “volto mite”.¹⁸

Se si riconosce espressamente che alla riforma non è estraneo un intento di tipo deflattivo, conseguenza principale della sottrazione ai giudici togati, e più in particolare al tribunale monocratico, della conoscenza di un discreto numero di reati,

¹³ Cfr. E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 8 s.; A. MANNA, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 21 ss.; F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale*, cit., par. 3.2.

¹⁴ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., IX.

¹⁵ G. SPANGHER, *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2000, 402; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 303; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in A. SCALFATI, (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 267.

¹⁶ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 399.

¹⁷ Cfr. D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 11. L’Autore (p. 17) esprime alcune considerazioni critiche in merito al criterio della “massima semplificazione” processuale; formula estremamente vaga, che evoca un concetto difficile da tradurre in una maggior speditezza dell’iter procedimentale. Cfr. anche R. ORLANDI, *L’assetto ordinamentale del giudice di pace e gli ambiti delle nuove competenze*, in <http://www.carabinieri.it>; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2001, 1201.

¹⁸ In questi termini si esprime la Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1.

che rappresentavano “i “rifiuti” della giustizia pretorile,¹⁹ la sua finalità è “assai più pregnante ed assiologicamente connotata”.²⁰ per questa strada si introducono nell’ordinamento delle novità importanti, “suscettibili di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la [...] positiva “sperimentazione” sul campo della prassi”.²¹

La prospettiva di deflazione processuale non esaurisce affatto la portata ed il significato della riforma che non solo è ad un tempo sostanziale e processuale, in una visione integrata,²² ma che ha addirittura portato la dottrina ad ipotizzare che il legislatore abbia delineato “sia pure in forma embrionale, i tratti di un futuribile “secondo sistema penale”, caratterizzato da una robusta struttura e capace di affiancarsi, nell’ambito dei sistemi di diritto punitivo, a quello principale ed a quello dell’illecito amministrativo.²³

Oltre a delineare un nuovo sistema sanzionatorio, in cui scompare la sanzione che comporta la limitazione della libertà personale mediante la reclusione in carcere, si cerca di trovare, ricorrendo a forme di “depenalizzazione attraverso il processo”²⁴

¹⁹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., X s. Cfr. anche P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un’ alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 929.

²⁰ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 102. Cfr. anche R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172.

²¹ Cfr. sempre Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1, nonché E. AGHINA, *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 58, che parla di “laboratorio sperimentale”.

²² In questo senso T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., IX. Cfr. anche A. SCALFATI, *L’applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 135. E’ molto critico sul taglio eminentemente processuale della riforma D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 117 ss.

²³ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 96. Nello stesso senso F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, cit., 105; I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 452. Parla di un sistema “parallelo” a quello “ordinario” anche G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 151; mentre V. PATANÈ, *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 354, parla di “un nuovo tipo di giustizia”.

²⁴ A differenza di quanto abbiamo cercato di illustrare nel capitolo secondo del presente lavoro, l’atteggiamento di F. SGUBBI, *L’irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 159, che utilizza questa formulazione, è critico.

– cioè operata dal giudice nel caso concreto ma sulla base di precisi criteri – un compromesso tra esigenze di pura efficienza, interne al processo, e strumenti per la soluzione alternativa del conflitto penale, che si giustificano sul piano del diritto penale sostanziale e consentono di assicurare un trattamento qualitativamente diverso per una determinata area di criminalità, selezionata sulla base del “sostrato sociale del reato”.²⁵ Si cerca, quindi, una risposta “oltre che più efficiente, più efficace perché più umana”.²⁶

In prospettiva sperimentale, infatti, il polo di maggior attrazione di tale sistema normativo è senza dubbio rappresentato dalla ricerca di una pacificazione sociale attraverso la conciliazione tra le parti private e dalle nuove modalità di definizione del procedimento delineate dall’art. 34 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di tenuità del fatto, e dall’art. 35 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di condotte riparatorie.

Come è stato rilevato in dottrina, il sistema del giudice di pace si distinguerebbe altresì per la particolare fisionomia del rapporto che instaura con i principi fondamentali della pena e della legalità, in forza “dell’interferenza con istanze di valore inedite ovvero oggetto di decisa amplificazione, prima fra tutte quella che confida nella conciliazione come modalità risolutiva dei conflitti intersoggettivi”.²⁷ Quanto al principio di legalità, in particolare, anche se il passaggio di competenza per un gruppo di reati non ha comportato alcun mutamento nella descrizione della condotta vietata, il giudice di pace ha una caratterizzazione professionale così distante da quella del giudice togato da poter essere facilitato a rintracciare, negli enunciati linguistici, dei contenuti normativi diversi da quelli consolidati nella giurisprudenza ordinaria, senza i correttivi operati da un rigoroso controllo di legittimità (per un presumibile minor interesse delle parti alle impugnazioni); la sua prioritaria urgenza di ricomporre il conflitto, poi, costringebbe

²⁵ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 104. Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 119; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 250.

²⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 303.

²⁷ Cfr. M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 96 s., che sottolinea come la robustezza strutturale del modello e l’assenza di un fenomeno criminologico di riferimento conferiscano al sistema un livello accentuato di astrattezza, superiore a quello proprio dei microsistemi e simile a quello del *genus* “illecito amministrativo”.

in secondo piano i profili giuridico-formali.²⁸ La prospettiva della mediazione dovrebbe mettere a fuoco “una nuova idea di tipicità”,²⁹ attraverso una diversa tecnica di tipizzazione delle fattispecie penali: invece di descrivere una particolare modalità di lesione dell’interesse protetto, il legislatore dovrebbe tratteggiare dei “quadri di vita”, delineando “le ipotesi in cui il conflitto intersoggettivo supera alcune soglie di tollerabilità”.³⁰

Questa proposta è estremamente suggestiva e sintomatica di una notevole sensibilità nei confronti delle dinamiche riparative, ma allo stato, e comunque in questo contesto istituzionale, appare difficilmente praticabile, anche per la necessità di considerare che “un fatto penale mediabile è pur sempre un reato” e che comunque la mediazione “non preclude affatto che si giunga all’applicazione della pena”.³¹

Per tornare, così, alle ragioni più profonde di tale riforma, dalla natura sperimentale, è utile riferirsi a quanto illustrato da uno dei suoi padri. Come evidenzia chiaramente Padovani, i reati di competenza del giudice penale monocratico stavano viaggiando a due velocità: le offese a beni di natura pubblica o collettiva venivano considerate meritevoli di una definizione processuale sollecita e finivano per precedere, nella trattazione, molti reati con offese di natura strettamente personale o patrimoniale. Le ingiurie, le minacce, i piccoli danneggiamenti, “l’intera serie dei conflitti che avvelenano i rapporti di vicinato, gli occasionali scontri tra consociati iracondi e suscettibili, le astiose ripicche rifratte in questa o quella fattispecie incriminatrice minore”, rimanevano senza risposta, nel “trionfo dell’oblio”,³² facendo perdere credibilità allo Stato proprio con riferimento a quella

²⁸ Cfr. M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell’illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 15. L’Autore evidenzia come i parametri operativi della mediazione/conciliazione siano “irriducibili a schemi decisionali di carattere logico-deduttivo” e siano “dominati piuttosto dallo scopo, in particolare da quello di ricomporre il conflitto interpersonale sottostante al reato”.

²⁹ M. PAPA, *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 29.

³⁰ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 96 s.

³¹ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 79 ss.

³² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., X. Come rileva E. SELVAGGI, *Il giudice di pace tra occasioni perdute...e da non perdere*, in *Cass. pen.*, 1991, 1009, peraltro, reati come questi (la giustizia “minore”) sono quelli con cui la gente si confronta quotidianamente e che rappresentano una grossa fetta del carico giudiziario. A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in L. PICOTTI, G.

forma di giustizia che riguarda quotidianamente tutti i cittadini³³ ed alimenta un incremento esponenziale del conflitto.

La deflazione non avrebbe tuttavia potuto ottenersi con una semplice depenalizzazione – che, come abbiamo già ricordato, sta sempre più rivelandosi una “manovra del passato” scarsamente funzionale³⁴ – anche poiché i fatti in questione offendono diritti della persona spesso coperti dall’inviolabilità di cui all’art. 2 della Costituzione e richiedono quella “veste” penalistica che permette di perseguire funzioni di prevenzione generale e speciale, né avrebbe potuto ottenersi rinunciando indiscriminatamente all’effettività della tutela. Si doveva invece provare ad imboccare una nuova via, non priva di rilevanza sul fronte dell’efficienza della macchina giudiziaria,³⁵ accentuando, anche nell’ambito penale, la fisionomia del giudice di pace come risolutore di contrasti, “garante della pace sociale”.³⁶

L’ambizioso obiettivo preso di mira non è stato raggiunto pienamente. Se si considerano soprattutto alcuni reati attribuiti alla competenza di questo giudice, non ci si può astenere dal criticare le scelte che sono state operate senza alcuna attenzione alle peculiarità del modello delineato, ma solo per ridurre il carico di lavoro che grava sui magistrati di tribunale.

Nessuno può negare però che la riforma in esame possa configurarsi come un “laboratorio”,³⁷ un esperimento animato da nobili principi, effettivamente suscettibile di assumere in futuro una più ampia portata operativa.³⁸

SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 180, parla di rimedio ad un fenomeno di “denegata giustizia”.

³³ In questo senso cfr. anche V. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), cit., 26; S. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.*, 1989, V, 15; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, in *Cass. Pen.*, 2002, 15. Come rileva N. PICARDI, *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 659, la giustizia c.d. “minore” rappresenta un passaggio obbligato di ogni progetto che tenda a restituire efficienza all’apparato giudiziario nel suo complesso.

³⁴ P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un’alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 931.

³⁵ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 177; P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un’alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 929; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 24.

³⁶ V. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), cit., 28; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251, tra gli altri.

³⁷ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIII.

³⁸ A. SCALFATI, *Premessa*, in ID., (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., XIII s.

1.2 La conciliazione quale finalità primaria ed il potenziamento dei meccanismi riparatori

Alcuni strumenti normativi già indicati come rilevanti, ancorchè soprattutto in via consequenziale,³⁹ per le ricadute deflattive e/o efficienti sulle dinamiche della giustizia penale hanno un significato altrettanto importante su di un piano che ci interessa più da vicino: quello dell’“effettività del processo a risolvere la contesa”⁴⁰, “umanizzando” la giustizia,⁴¹ quando, naturalmente, si è in presenza di fattispecie penali in cui è possibile identificare una “vittima”.

La specialità che caratterizza il rito davanti al giudice di pace è molto diversa da quella propria dei procedimenti codicistici qualificati “speciali”. Le deviazioni dall’*iter* ordinario non dipendono, nel microsistema, da una rinuncia ad alcune garanzie, né sono solo in apparenza alternative, assicurando transattivamente una benevolenza della dinamica punitiva nei limiti in cui il reo “concorre ad assicurare lo scopo repressivo”,⁴² ma invece puntano ad un esito – alternativo alla stessa sanzione penale – capace di valorizzare la vittima, e sono strettamente connesse (almeno negli intenti) alle caratteristiche dei reati attribuiti alla cognizione di questo giudice compositore del conflitto. La celerità, nel procedimento di pace, di per sé non particolarmente agile, è una finalità “ancillare a quella della risoluzione dei conflitti, come è provato dall’esclusione dell’operatività dei riti alternativi” (art. 2 c. 1 d.lgs. 274/2000).⁴³

Richiamata la disciplina del codice di rito, in quanto applicabile, l’art. 2 c. 1 d.lgs. 274/2000, infatti, indica puntualmente le regole del codice di procedura penale che non possono trovare spazio nel giudizio davanti al giudice di pace, per ragioni di necessario coordinamento con le caratteristiche del modello processuale neo-

³⁹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 172.

⁴⁰ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIV s.

⁴¹ Cfr. ampiamente, sul punto, C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 143 ss.

⁴² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIV.

⁴³ E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 10. Cfr. anche G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 112.

introdotto, su ferma imposizione della legge delega (come quelle relative all'udienza preliminare, all'incidente probatorio o alla proroga del termine per le indagini) o addirittura perchè ontologicamente incompatibili con i connotati fondamentali del sistema sanzionatorio, privo di pena detentiva, devoluto al giudice onorario (come quelle che concernono la disciplina dell'arresto in flagranza e del fermo, le misure cautelari ed il giudizio direttissimo, istituti strettamente collegati a situazioni di privazione della libertà). Ulteriori ipotesi di esclusione dell'ordinaria disciplina processuale sono poi previste proprio con riferimento ai riti speciali, nessuno dei quali risulta applicabile davanti al giudice di pace – nonostante nella delega non comparisse alcuna preclusione assoluta in tal senso⁴⁴ – perché ritenuti inconciliabili con la “natura compositiva” della giurisdizione del giudice di pace.⁴⁵

Nella Relazione si evidenzia che è la natura stessa del giudice di pace ad imporre di “favorire il contatto delle parti con l'organo giudicante, esigenza questa che sarebbe frustrata dalla previsione di procedimenti monitori *inaudita altera parte*, come il decreto penale di condanna”.⁴⁶ Con riferimento al giudizio abbreviato, esso è stato giudicato in generale incompatibile, dalla dottrina, con un sistema in cui, anche per l'accentuata tenuità delle pene irrogabili, non si può giustificare un ulteriore trattamento premiale in sede di irrogazione della sanzione,⁴⁷ mentre, per quanto riguarda l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, l'esclusione è stata posta in stretta relazione con la necessità di assicurare comunque un'adeguata tutela delle ragioni della persona offesa.⁴⁸ Come è stato evidenziato, infatti, in ipotesi

⁴⁴ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 277; G. SPANGHER, *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 403.

⁴⁵ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 37 s.; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 25; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 264 ss.; D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 33; D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 26 ss.

⁴⁶ L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 269, ricorda tuttavia che la Commissione Giustizia del Senato ne aveva raccomandato l'introduzione, almeno per i reati perseguibili d'ufficio.

⁴⁷ E. GALLUCCI, *Giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 46; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 14; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 26.

⁴⁸ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2. Cfr., altresì, D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 28; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 269. E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 278, evidenzia come l'applicazione della pena su richiesta delle parti avrebbe potuto ipotizzarsi, se si fosse subordinato l'accesso al rito a condotte risarcitorie, non idonee tuttavia a soddisfare le esigenze di riprovazione e quelle preventive.

di patteggiamento, l'ordinamento ostenta "indifferenza" verso la vittima, "che venga "sorpresa" dall'accordo tra gli altri soggetti del procedimento"; nella dinamica pattizia di cui agli artt. 444 e ss. c.p.p. non c'è alcuna finalità riconciliativa, nessun "percorso di avvicinamento al fatto e all'altro".⁴⁹ Riconoscere all'autore del reato la possibilità di patteggiare avrebbe giovato alle istanze deflattive, ma disincantato la ricerca di una diversa soluzione al conflitto tra le parti "frustrando i percorsi di recupero e di dialogo",⁵⁰ che informano il rito "di pace".

La Consulta, chiamata a pronunciarsi sull'eccepita illegittimità costituzionale di tale soluzione normativa per contrasto con i principi di uguaglianza di trattamento (rispetto ai reati attribuiti alla competenza del tribunale), di ragionevolezza, per violazione del diritto di difesa e per eccesso di delega, ha dichiarato le questioni manifestamente infondate, ponendo l'accento sulle peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace, che presenta caratteri di per sé non comparabili con la struttura del procedimento davanti al tribunale e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario. Il d.lgs. n. 274 del 2000, infatti, contempla forme alternative di definizione, non previste dal c.p.p., che si innestano in un procedimento che concerne reati di minore gravità – con un apparato sanzionatorio del tutto autonomo – e che, soprattutto, ha la finalità di favorire la conciliazione tra le parti. La Corte Costituzionale ha ritenuto che l'esclusione dell'applicabilità dei riti alternativi in tale procedimento sia frutto di una scelta non irragionevole del legislatore delegato e comunque tale da non determinare una ingiustificata disparità di trattamento, nè una lesione del diritto di difesa.⁵¹

L'art. 2 c. 2 del d.lgs. 274/2000 individua così "il principio operativo su cui si regge tutta l'impalcatura",⁵² lo scopo essenziale del procedimento - che "solo in termini di *extrema ratio* sfocia nell'applicazione di una sanzione"⁵³ - davanti ad un

⁴⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, 417, 423. Cfr. altresì G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 26.

⁵⁰ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 427.

⁵¹ Corte Cost., 8 giugno 2005, n. 228, in *Giur. Cost.*, 2005, 3. Cfr. altresì V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in C. SANTORIELLO (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali. Tomo II*, Torino, Giappichelli, 2010, 59.

⁵² C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 54. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 33 ss.

⁵³ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIV. Nello stesso senso S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 231; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 179; M.

giudice che ha caratteristiche molto particolari. Come affermava Picardi, seppure con riferimento privilegiato alla materia civile, “la parola *pace* è indubbiamente suggestiva e la metafora *giudice di pace* sembra sprigionare un fascino sottile”.⁵⁴

La centralità della funzione di conciliazione viene sottolineata con il suo inserimento tra i principi generali del procedimento⁵⁵ e le potenzialità del principio, sebbene mitigate dall’inciso “per quanto possibile”, appaiono molto estese.⁵⁶ Il dovere di “favorire la conciliazione tra le parti” (indagato/imputato e persona offesa)⁵⁷ non è infatti limitato ad un determinato momento del procedimento penale né a particolari tipologie di illecito, se esse possono considerarsi idonee ad essere trattate in un percorso conciliativo.⁵⁸

Come è stato evidenziato, i principi fungono da punto di riferimento imprescindibile per risolvere i casi non previsti espressamente,⁵⁹ o comunque forniscono utili indicazioni nel momento applicativo⁶⁰ e, più in particolare, l’indirizzo generale di conciliazione assume “capacità unificante della portata specifica di una serie di istituti propri del processo del giudice di pace, tutti tendenti a risolvere (o a prendere atto che è risolto) il conflitto insorto tra parte offesa ed imputato”.⁶¹ Non si può fare a meno di rilevare, infatti, come diverse attribuzioni del giudice di pace siano tutte specificazioni del ruolo di conciliatore ascrittogli in via

PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, Matelica, Halley, 2005, 60; G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 151.

⁵⁴ N. PICARDI, *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, cit., 659.

⁵⁵ L’inserimento è avvenuto peraltro solo nel corso della stesura definitiva del provvedimento: V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 357.

⁵⁶ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 128; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 353.; E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 273; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251.

⁵⁷ Come evidenzia G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 40, nt. 56, con il termine “parti” ci si riferisce qui anche alla persona offesa dal reato, indipendentemente dalla sua eventuale costituzione di parte civile.

⁵⁸ Cfr. E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 11; D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 33; L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 138.

⁵⁹ D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 27 s.

⁶⁰ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 181.

⁶¹ V. ZAGREBELSKY, *Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 31, 5. Nello stesso senso E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 10.

generale e siano coerenti con un modello di giustizia che “tende a valorizzare l’aspetto relazionale” del reato.⁶²

Il d.lgs. 274/2000, come vedremo, ha fornito indicazioni più specifiche in ordine agli aspetti conciliativi nell’art. 29 c. 4 d.lgs. 274/2000, con riferimento alla prima udienza di comparizione, che dovrebbe vedere l’incontro con tentativo di conciliazione “tutt’altro che ritualistico e formale”⁶³ tra la persona offesa e l’imputato. Se necessario, il giudice può anche ricorrere all’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio.

Il legislatore delegato ha quindi privilegiato ulteriori forme di definizione del procedimento basate su meccanismi di tipo riparatorio o comunque in grado di garantire, insieme alla finalità deflattiva, anche le ragioni della vittima.⁶⁴ “Un *umano* fare al posto dell’*inumano subire*”, come lo ha definito Mazzucato.⁶⁵

La riforma ha infatti delineato un istituto particolare in ipotesi di condotte riparatorie, capace di consentire la “deprocessualizzazione” della controversia davanti al giudice di pace,⁶⁶ secondo una “prospettiva di sussidiarietà vicariante della riparazione rispetto alla sanzione punitiva”.⁶⁷

La centralità del momento conciliativo dovrebbe spiegare poi anche il peculiare ruolo riconosciuto all’offeso nella dinamica applicativa di un ulteriore istituto volto a favorire la definizione anticipata del procedimento, l’art. 34 d.lgs. 274/2000, per le ipotesi di particolare tenuità del fatto.⁶⁸ Infatti, se nel corso delle indagini non deve risultare un interesse della vittima alla prosecuzione del procedimento ed al giudice di pace “è riconosciuta un’ampia possibilità di rilevare l’inconsistenza del conflitto”,⁶⁹ dopo l’esercizio dell’azione penale, la declaratoria di improcedibilità può aversi solo se l’imputato e la persona offesa non si oppongono.

⁶² A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 206; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 355.

⁶³ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

⁶⁴ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 142; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1758; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 259 s.

⁶⁵ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 182.

⁶⁶ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 11.

⁶⁷ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVI.

⁶⁸ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 356.

⁶⁹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

La conferma di una tale lettura può essere trovata nella Relazione, dove si afferma che la soluzione è funzionale proprio a “salvaguardare l'interesse del privato alla prosecuzione del procedimento: scelta, questa, che, a ben vedere, valorizza appieno lo stesso microcosmo conciliativo-punitivo del giudice di pace, istituzionalmente destinatario delle domande di giustizia dei privati in qualità di organo di mediazione, di composizione e di risoluzione dei microconflitti sociali”.⁷⁰

Come avremo modo di evidenziare più avanti, però, in questo peculiare caso, in cui è stata già riscontrata l'effettiva tenuità del fatto, la dottrina è condivisibilmente critica nei confronti di una così spiccata valorizzazione della volontà della persona offesa.

L'obiezione appare fondata e non può essere agevolmente superata affermando solo che la persistente opposizione della vittima può essere vinta in sede di udienza di comparizione, con l'applicazione dell'art. 35.⁷¹ I due istituti, infatti, sono molto diversi tra loro e dovrebbero “poter incidere sullo sviluppo procedimentale in una logica di rispettiva autonomia”.⁷²

1.3 Una nuova valorizzazione della persona offesa, nella disciplina sostanziale e processuale

Si può ben comprendere come in un procedimento che valorizza gli strumenti per il superamento del conflitto, anche mediante la riparazione, gli spazi riconosciuti alla persona offesa, anche oltre la fase preimputativa,⁷³ siano molto più ampi rispetto a quanto avviene ordinariamente: essa condiziona i menzionati esiti conciliativi fin dalla loro attivazione.⁷⁴ Con riferimento alla particolare tenuità del fatto, poi, la sua volontà è determinante in sede dibattimentale, mentre il suo interesse viene

⁷⁰ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.

⁷¹ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6: “il potere della vittima di interdire l'arresto del procedimento è fortemente temperato dall'esistenza di una causa estintiva del reato (v. art. 35) derivante dalla tenuta di condotte riparatorie o risarcitorie che il giudice reputa congrue a soddisfare l'interesse della vittima. Come si vede, dunque, la persistenza di una (ingiustificata) volontà punitiva dell'offeso è destinata a soccombere proprio nella fase della conciliazione, vale a dire nell'udienza di comparizione, in cui il giudice è chiamato a svolgere la mediazione e la composizione del conflitto.”

⁷² E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 16.

⁷³ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, 1188.

⁷⁴ Cfr. P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 930; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 353; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 85.

attentamente considerato in fase di indagini.⁷⁵

Come si legge nella Relazione governativa al decreto legislativo, la riforma, infatti, si caratterizza proprio per la sua capacità di esprimere un “rinnovato interesse per la vittima”, che ne sorregge “le scelte più qualificanti, in omaggio alle moderne tendenze alla negoziazione dei conflitti sociali”.⁷⁶ La vittima, intesa in questo contesto come persona offesa,⁷⁷ dovrebbe avvertire che tale particolare procedimento “è il luogo in cui le sue ragioni sono ascoltate e le sue aspettative sono soddisfatte”.⁷⁸

Fermi i diritti partecipativi ereditati dal “modello di genere”,⁷⁹ il ruolo della vittima nel sistema del giudice di pace non è infatti peculiare solo per quanto attiene alla dimensione conciliativa: la persona offesa può fungere addirittura da organo propulsore del giudizio, fino ad investire il giudice dell’impugnazione in ordine agli effetti penali della sentenza (art. 38).⁸⁰ Si può affermare che l’offeso esce rafforzato in misura significativa dalla normativa in esame, riacquistando, almeno in parte, “la centralità perduta molti anni addietro, quando ancora poteva agire davanti al giudice nella veste di parte accusatrice”.⁸¹

In un sistema riguardante soprattutto gli illeciti penali che nascono da

⁷⁵ R. MARINI, *La posizione della parte civile e l'intervento adesivo dell'offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 249 s.; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 41; G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 158.

⁷⁶ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1. Cfr. altresì A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 181 ss.

⁷⁷ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, cit., 1185, sottolinea infatti, con rammarico, come il legislatore non abbia attribuito alcuna autonomia al danneggiato, che deve sfruttare le facoltà spettanti all’offeso (fino a quando non può costituirsi parte civile) e sempre che le due figure coincidano nella stessa persona.

⁷⁸ F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale*, cit., par. 5.1.

⁷⁹ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, cit., 1187.

⁸⁰ Come rileva G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 217, questa forma di *vocatio in iudicium* sarebbe comunque funzionale all’esplicazione dei poteri conciliativi del giudice di pace ed alle forme di reintegrazione dell’offesa. Cfr. anche V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 353; C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 233; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, cit., 18.

⁸¹ R. ORLANDI, *I soggetti*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 91. Cfr. altresì V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 14. Come ricorda C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, cit., 233 s., il giudizio per citazione diretta su iniziativa della persona offesa era previsto nella legislazione anteriore al c.p.p. del 1930, anche se il codice del 1913 aveva già ristretto notevolmente la possibilità per la persona offesa di servirsi dello strumento della citazione diretta. Infatti, mentre nel codice del 1865 tale istituto poteva porsi in essere per tutti i reati perseguibili a querela di parte, in quello del 1913 esso fu limitato ai soli delitti di diffamazione e ingiuria (M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, 131).

situazioni di microconflittualità, infatti, è stato riconosciuto alla persona offesa un ruolo fondamentale sul piano processuale, attraverso il ricorso immediato al giudice, previsto nell'art. 21 per i reati perseguibili a querela di parte. L'attività consentita alla vittima, di difficile inquadramento sistematico, è ricalcata su quella che in alternativa sarebbero chiamati a svolgere i soggetti pubblici.⁸² Come si legge nella Relazione, “attraverso il ricorso diretto (art. 21 ss.), la persona offesa, in relazione ai procedimenti per reati perseguibili a querela, si emancipa dal ruolo statico e tutto sommato marginale tradizionalmente rivestito, per diventare protagonista del processo, di cui segna l'*incipit* e scandisce le fasi successive.”⁸³

Nella legge delega, ad essere precisi, si prevedeva la possibilità di delineare una vera e propria azione penale privata nell'edificando sistema, con l'introduzione, per taluni reati non procedibili d'ufficio, della citazione in giudizio “esercitata anche direttamente dalla persona offesa col ministero del difensore mediante ricorso al giudice di pace” (art. 17 lett. c) l. 468/1999).⁸⁴

La scelta del legislatore delegato è stata tuttavia diversa, meno coraggiosa,⁸⁵ in quanto il potere dell'offeso non è – almeno normalmente⁸⁶ – idoneo a provocare il passaggio alla fase processuale:⁸⁷ egli si limita a redigere un'imputazione “preliminare”, con “la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita alla persona citata a giudizio” e “con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati”.⁸⁸

⁸² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 85; E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, cit., 17. Attraverso questa modalità tecnica, come evidenzia R. OTTENHOF, *Sulla tutela penale delle vittime*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 710, alla vittima è riconosciuta una nuova presenza attiva nell'ambito del processo penale.

⁸³ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1.

⁸⁴ G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 215.

⁸⁵ C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, cit., 246, parla di “soluzione di compromesso alquanto sfumata”.

⁸⁶ Per l'esame di almeno un'eccezione su cui ci soffermeremo più avanti, nella prospettiva di una certa dottrina, cfr. G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 266 s. Cfr., altresì, A. DE FRANCESCO, *L'erosione del principio della direzione delle indagini e del monopolio nell'azione penale del pubblico ministero nel procedimento penale avanti al giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2003, 191 ss.

⁸⁷ E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 14; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 198; E. SQUARCIA, *Giudice di pace e ricorso immediato dell'offeso: un'eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 614 ss.

⁸⁸ Cfr. D. NEGRI, *Art. 21. Ricorso immediato al giudice*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretta da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive*

Il pubblico ministero interviene con un controllo necessario, “che dovrebbe salvaguardare la pubblicità dell’azione penale”,⁸⁹ prima di formulare l’imputazione definitiva, anche se il suo sindacato sulla *notitia criminis* si esaurisce nella verifica della competenza per territorio ed in un giudizio di ammissibilità e di non manifesta infondatezza, spesso fondato solo sulla verosimiglianza di quanto esposto nel ricorso, perché sganciato da qualsiasi attività investigativa.⁹⁰ Secondo una parte della dottrina, spetta così sempre al pubblico ministero esercitare l’azione penale, “confermando o modificando l’addebito contenuto nel ricorso” (art. 25 c. 2) – si è parlato di “fattispecie a formazione progressiva”⁹¹ – anche se, ad ulteriore conferma della peculiarità di tale modello processuale, l’assunzione della qualità di imputato è legata al decreto di convocazione delle parti emesso dal giudice di pace (art. 3 d.lgs.

modifiche, cit., 205. Per il contenuto del ricorso, vedi M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, cit., 159 ss.

⁸⁹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV. A tale riguardo, si legge, nella Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.4.6: “L’articolo 25, dedicato all’intervento del pubblico ministero, costituisce un momento centrale della citazione per ricorso immediato e del subprocedimento correlativo. Infatti, la funzione di tale intervento si rinviene nella necessità di salvaguardare l’esercizio dei poteri che, nel rispetto della delega, sono assegnati all’organo pubblico. La scelta di anticipare o posticipare l’intervento del pubblico ministero rispetto all’udienza di convocazione delle parti, l’adesione, anche solo implicita, a favore della previsione dell’addebito mosso dal privato e contenuto nel ricorso o, al contrario, la necessaria sussunzione del medesimo in una formale imputazione, rappresentano questioni di fondo ad alto valore discriminante nella configurazione dell’istituto del ricorso immediato. Come si è anticipato in premessa, ci si è attestati su una soluzione meno dirompente degli assetti processuali tradizionali, conservando in capo al pubblico ministero l’iniziativa penale propriamente detta, ma cercando nel contempo di sfruttare al massimo le potenzialità propulsive insite nel ricorso privato”. Cfr. altresì C. PANSINI, *Indagini preliminari e citazione a giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 37 ss.; F. CINGARI, *La competenza penale del giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2001, 377.

⁹⁰ Per una compiuta analisi cfr. G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 242 ss.; C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, cit., 240 ss. Criticamente, sul punto, E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 14 s. Cfr. anche V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 52 s.

⁹¹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 145. Qualora il pubblico ministero non si attivasse - dovendo il giudice comunque provvedere all’esame del ricorso - in qualche misura assentirebbe silenziosamente alle scelte accusatorie del ricorrente: G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 252, 265 s. (*Contra* C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, cit., 247, che parla in tal caso di azione penale privata, ancorché sussidiaria). Si dovrebbe invece parlare di vera e propria “azione penale privata” quando il pubblico ministero manifestasse la sua contrarietà alla prospettazione accusatoria contenuta nel ricorso, ma il giudice ritenesse di dover comunque convocare le parti, disattendendo il parere contrario della procura. F. CAPRIOLI, *La funzione d’accusa nel procedimento di pace: coordinate sistematiche e prassi applicative*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, cit., 142 ss. ritiene, invece, che, quando il pubblico ministero non ottempera all’obbligo di agire (o ha espresso parere contrario alla citazione), la funzione di accusa si trasferisce nelle mani dell’organo giurisdizionale. Cfr. altresì E. SQUARCIA, *Giudice di pace e ricorso immediato dell’offeso: un’eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, cit., 631; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 212 ss.; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, cit., 184 ss.

274/2000).⁹²

La centralità del ruolo della vittima non si esaurisce, comunque, in fase preliminare. Nella fase dibattimentale, a seguito di presentazione di ricorso immediato, la presenza della persona offesa è richiesta, in chiave responsabilizzante e di promozione della ricomposizione del conflitto,⁹³ proprio dall'art. 30 d.lgs. 274/2000: “la mancata comparizione all'udienza del ricorrente o del suo procuratore speciale non dovuta ad impossibilita' a comparire per caso fortuito o forza maggiore determina l'improcedibilita' del ricorso, salvo che l'imputato o la persona offesa intervenuta e che abbia presentato querela chieda che si proceda al giudizio”. In caso di improcedibilità, il giudice di pace condanna il ricorrente alla rifusione delle spese processuali, nonché al risarcimento dei danni in favore della persona citata in giudizio che ne abbia fatto domanda.

La severità di queste conseguenze si spiega proprio con le peculiari prerogative riconosciute all'offeso nella dinamica introduttiva del giudizio, con la necessità di promuovere tra le parti un contatto a fini conciliativi e, in generale, con la convinzione che nell'ingiustificata mancata partecipazione all'udienza si riflette una sua carenza di interesse alla prosecuzione del giudizio.⁹⁴

1.4 Le peculiarità del sistema sanzionatorio: diritto penale “mite ma effettivo”

Il quadro generale dei principi di diritto sostanziale che informano la legge del giudice di pace penale non sarebbe completo senza un breve cenno ad un profilo che, pur non così rilevante per il tipo di studio che stiamo conducendo, presenta comunque caratteri di grande originalità: il sistema sanzionatorio.

Esso, infatti, è caratterizzato, come da indicazioni della legge delega, dall'innovativa presenza di sanzioni principali paradetentive (il lavoro di pubblica utilità e la permanenza domiciliare nei fine settimana), in luogo di quelle detentive. Tali sanzioni, previste per i singoli reati, di regola, in alternativa alle più frequenti

⁹² G. FIDELBO, *Ricorso immediato al giudice*, cit., 259; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 113.

⁹³ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 362; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 282 s.

⁹⁴ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 200; E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 283.

pene pecuniarie, hanno ampliato per la prima volta il catalogo delle pene principali esistenti nel nostro ordinamento, dopo moltissimi anni dall'entrata in vigore del codice Rocco.⁹⁵

Nella Relazione si illustrano brevemente le ragioni sottese a tale modello molto particolare, il cui fine è quello di realizzare una giustizia più semplice e più vicina alla comprensione dei cittadini: in luogo della minaccia astratta di una sanzione privativa della libertà (destinata nella maggior parte dei casi a rimanere sulla carta) si mira a garantire una risposta effettiva, anche attraverso il ricorso ad istituti riparativi “che antepongano le aspettative dei cittadini alla pretesa punitiva dello Stato, come tradizionalmente intesa”.⁹⁶ In piena coerenza con le caratteristiche già illustrate, si afferma addirittura che “la scomparsa della pena detentiva (anche) a livello di previsioni edittali costituisce la spia di un'attenuazione della pretesa punitiva di matrice pubblicistica”.⁹⁷

La pena pecuniaria – prevista a volte in via esclusiva e comunque sempre in alternativa alle sanzioni paradetentive (anche se non irrogabile, nel secondo caso, in ipotesi di recidiva reiterata infraquinquennale, salvo che sussistano circostanze attenuanti ritenute equivalenti o prevalenti)⁹⁸ – è, senza dubbio, la sanzione

⁹⁵ I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 449 s.; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 344; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, Giappichelli, 2006, 132 ss.; A. DI MARTINO, *Sanzioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 436 ss; F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 400 ss. L'Autore si sofferma anche sulle difficoltà prasseologiche che comunque ancora incontra l'escussione della pena pecuniaria.

⁹⁶ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., IV.10.1. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, cit., 15.

⁹⁷ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., I.1. Secondo qualche autore, però, tale scelta nascerebbe da una scarsa fiducia nella figura non professionale di tale organo giurisdizionale: A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 181; D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 403. Cfr. anche ID., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla “certezza” della esecuzione*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 78..

⁹⁸ La disciplina di cui all'art. 52 c. 3 d.lgs. 274/2000 deve essere integrata oggi con la nuova formulazione (successiva alla legge 251/2005) dell'ultimo comma dell'art. 69 c.p.: “Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.” Cfr. altresì A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 453.

principale, il fulcro, di questo microsistema.⁹⁹ “Venendo così incontro a quella che taluno dipinge come la crisi del simbolismo repressivo”,¹⁰⁰ la reclusione in carcere ricompare unicamente ai margini estremi del modello, passando attraverso un nuovo vaglio processuale, per coloro che non rispettano gli obblighi connessi alle sanzioni “minori”¹⁰¹ (violazione reiterata, senza giusto motivo, degli obblighi, allontanamento dai luoghi di permanenza oppure mancata presentazione o abbandono del luogo di lavoro): in tal caso si configura un delitto diverso, la cui competenza è attribuita al tribunale in composizione monocratica.¹⁰²

Quanto alle sanzioni paradedentive, che una certa dottrina ha criticamente qualificato come destinate tipicamente “ad un soggetto socialmente integrato”,¹⁰³ la più diffusa – la permanenza domiciliare – ha una durata normalmente frazionata ed impone al condannato di rimanere, di regola, “nella cornice, certamente meno afflittiva e desocializzante, dell’abitazione del condannato”¹⁰⁴ ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza per determinati giorni alla settimana (sabato e domenica, salve deroghe che tengano conto delle esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute), mentre il lavoro di pubblica utilità richiede la prestazione di attività lavorativa non retribuita (una giornata equivale a due ore, anche non continuative, di lavoro) in favore di Stato, regioni, province, comuni oppure enti od organizzazioni di assistenza sociale o di volontariato, che sono iscritti in appositi elenchi, previa stipula di una convenzione a ciò deputata.¹⁰⁵

⁹⁹ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 417. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 50 sottolinea, a riguardo, il rischio di monetizzazione della responsabilità penale.

¹⁰⁰ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 117.

¹⁰¹ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 413.

¹⁰² E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 9. Egli rileva altresì (p. 297) che il delitto di evasione non è configurabile in quanto nemmeno la permanenza domiciliare è parificabile alla detenzione. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 422.

¹⁰³ L. STORTONI, *Introduzione sugli aspetti di diritto penale sostanziale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 17.

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 408.

¹⁰⁵ I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 456 ss. Nella fase immediatamente successiva all’entrata in vigore della riforma ci si chiedeva, quanto alle sanzioni di nuovo conio, se i controlli, affidati all’ufficio di pubblica sicurezza del luogo di esecuzione o, in mancanza, al comando dell’Arma dei carabinieri territorialmente competente, avrebbero garantito adeguatamente l’effettività della pena e, in particolare quanto al lavoro di pubblica utilità, se sarebbero stati introdotti strumenti idonei a renderlo operativo (in particolare: A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XVI; I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 465; ID. *La pena*

Sebbene il legislatore non fornisca sul punto alcun criterio orientativo specifico,¹⁰⁶ nei casi in cui il giudice di pace non possa o non ritenga che vi siano i presupposti per applicare la più favorevole pena pecuniaria, può affiancare (in alternativa) alla permanenza domiciliare quella del lavoro di pubblica utilità, quando ritenga che anche quest'ultima sanzione sia idonea a fronteggiare l'illecito.¹⁰⁷ La previsione di entrambe le pene discende dalla necessità di rendere completa la pronuncia di condanna, poichè l'applicazione della seconda sanzione – attraverso “un duplice ed inedito schema di dispositivo di sentenza a struttura *bifasica*”¹⁰⁸ – è subordinata alla richiesta del condannato e, di conseguenza, la permanenza domiciliare ritrova spazio quando difetta la richiesta di irrogazione del lavoro.¹⁰⁹ Infatti, come è stato rilevato, a parte l'ovvia considerazione per la quale l'imposizione di una sanzione positiva, con funzione risocializzatrice, non può che essere inefficace senza la disponibilità del condannato, essa si porrebbe in contrasto con l'art. 4 della CEDU, che vieta espressamente i lavori forzati od obbligatori.¹¹⁰

La disciplina sanzionatoria del giudice di pace è, quindi, caratterizzata da

del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative, cit., 402 ss.). Tali quesiti, qui non approfonditi perchè marginali rispetto alla ricerca che stiamo conducendo, sono purtroppo ancora attuali, anche se uno stimolo alla parziale soluzione della seconda problematica è venuto, in tempi abbastanza recenti, dalle riforme che hanno dimostrato di voler investire sulla sanzione del lavoro, anche fuori dal contesto del microsistema di cui si discute. Ci si riferisce alla riforma in materia di sostanze stupefacenti (art. 4-bis d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, che ha introdotto il comma 5-bis dell'art. 73 t.u.l.stup., configurando una forma di prestazione lavorativa gratuita a favore della collettività con natura di sanzione sostitutiva delle pene detentiva e pecuniaria) e, soprattutto, ad una recente riforma della disciplina della guida in stato di ebbrezza (l. 29.07.2010 n. 120), che ha previsto, mediante l'inserimento del comma 9-bis nell'art. 186 del Codice della Strada (e del comma 8-bis nell'art. 187), la possibilità di sostituire le pene classiche, dell'arresto e dell'ammenda, con la pena del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 d.lgs. 274 del 2000. Cfr., per le prime riforme in questo senso, S. ROMANELLI, *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 237 ss.

¹⁰⁶ Critica sul punto è la posizione di A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 448.

¹⁰⁷ I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 455 s. ritiene che sia implicito il rinvio ai parametri dell'art. 133 c.p.

¹⁰⁸ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 37; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 141.

¹⁰⁹ Cfr. Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.5.4, nonché E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 291. Cfr. anche V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 72; G. AMATO, *Dibattimento snello ma senza riti alternativi*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 121.

¹¹⁰ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 411; A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 404; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 460 ss.; ID. *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Archivio Giuridico*, 2003, III, 386; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2000, 1054.

mitezza ed effettività:¹¹¹ se i descritti strumenti, in sè modesti e volti sempre ad evitare gli effetti desocializzanti della pena detentiva, corrispondono alla gravità ridotta degli illeciti penali, essi sono tuttavia caratterizzati da una certa effettività, per quanto già illustrato, ma anche perchè “giungono all’esito di una vicenda che ha esplorato negativamente la possibilità di una soluzione alternativa”.¹¹² Alla condanna si perviene solo dopo una serie di scansioni selettive: dopo che il giudice ha constatato che la conciliazione è impossibile, che il fatto non è di particolare tenuità e che non sono intervenute idonee condotte riparatorie.¹¹³

Ai reati di competenza del giudice di pace, così, non si applicano le sanzioni sostitutive di cui agli artt. 53 ss. della legge 689/1981, in quanto manca “una pena detentiva da sostituire in ragione dei suoi effetti criminogeni”,¹¹⁴ e, soprattutto, nella prospettiva dell’effettività, la sospensione condizionale non può essere concessa (art. 60).¹¹⁵

Come è stato evidenziato, optare per la sospensibilità “avrebbe significato trasformare il giudice di pace in un autentico buffone, che, dopo essersi sbracciato invano per conciliare persona offesa e imputato, dopo aver constatato che il fatto non è di particolare tenuità, dopo aver verificato che l’imputato si è ben guardato dal riparare il danno, pronuncia una condanna a pena intrinsecamente modesta, e per giunta non eseguita”.¹¹⁶ Da un altro punto di vista, si potrebbe affermare che il

¹¹¹ G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, cit., 1201.

¹¹² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII. Cfr. anche D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 404 s.

¹¹³ I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 454. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 411, evidenzia tuttavia criticamente come non sia detto che il materiale normativo che si presta alle operazioni processuali della giustizia conciliativa possa coincidere con quello che si presta alla rieducazione o non desocializzazione che dovrebbe fondare l’orientamento teleologico delle nuove sanzioni.

¹¹⁴ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 415. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 437 sottolinea come la Relazione si soffermi contraddittoriamente sul fatto che tale norma chiarirebbe incidentalmente la natura di sanzione principale delle pene applicate dal giudice di pace, dato che, diversamente, il divieto non avrebbe senso.

¹¹⁵ E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 16; I. LEONCINI, *L’obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 447; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, cit., 1204.

¹¹⁶ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVII. Cfr. anche A. SCALFATI, *L’applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 407.

comportamento del reo susseguente al reato, in quanto espressivo di autentica indisponibilità alla composizione del conflitto, escluda radicalmente la meritevolezza del beneficio.¹¹⁷ Oltre a ciò, la sospensione condizionale non assolverebbe, nell'ambito di questo sistema sanzionatorio, all'“essenziale funzione di prevenzione di effetti desocializzanti che è normalmente chiamata a svolgere”.¹¹⁸

Appare chiaro tuttavia che sussistano delle importanti differenze sul punto rispetto alle sanzioni (anche pecuniarie) inflitte dal giudice ordinario e potrebbero effettivamente sorgere dei dubbi sulla compatibilità di tale disciplina con i principi costituzionali,¹¹⁹ ma – come si è puntualizzato offrendo una chiave interpretativa che la Cassazione ha mostrato sostanzialmente di condividere, dichiarando la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale che è stata sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione¹²⁰ – il retroterra processuale che conduce ad agli esiti descritti è, in realtà, così diverso che ne risulta una vera e propria differenza sostanziale.¹²¹ La Corte Costituzionale, invece, è stata sollecitata ad intervenire in due occasioni, ma si è agevolmente sottratta ad un esame di merito dichiarando manifestamente inammissibili le questioni sollevate.¹²²

Sotto il profilo della tecnica redazionale¹²³ utilizzata nell'operazione riformatrice di cui si discute, la decisione del legislatore è stata particolare: non ha ritenuto di incidere direttamente sul dettato codicistico, riscrivendo tutte le cornici edittali, ma di modellare il sistema sulle caratteristiche del nuovo giudice, conformemente a scelte operate sul piano processuale.¹²⁴ Era preferibile mantenere un collegamento tra la nuova disciplina sanzionatoria e le norme processuali, dando

¹¹⁷ Sul punto, ancorchè criticamente, cfr. F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 416.

¹¹⁸ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 429.

¹¹⁹ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 418; D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 430 s.; G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, cit., 1205; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 55 ss.

¹²⁰ Cass., 15 novembre 2006, n. 41992, in *Riv. Pen.*, 2007, 1048.

¹²¹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVII.

¹²² Corte Cost., 30 luglio 2003, n. 290, in *Giur. Cost.*, 2003, 2345; Corte Cost., 29 novembre 2004, n. 370, in *Giur. Cost.*, 2004, 4015. Cfr. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 114.

¹²³ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 402.

¹²⁴ In una chiave critica cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 118; A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 444.

vita ad un vero e proprio “microsistema di tutela integrata”, entro il quale “le funzioni conciliative del giudice di pace condizionano la creazione di un sistema di diritto penale più mite dal punto di vista delle sanzioni applicabili”, ma comunque effettivo, mentre “alla mancata incidenza su un valore di rango costituzionale primario (quale la libertà personale) ben corrisponde, a sua volta, una deformalizzazione degli strumenti processuali”.¹²⁵

Da un punto di vista pratico, a ben vedere, la soluzione è stata innanzitutto imposta da esigenze di economia normativa, poichè una scelta diversa, se da un lato avrebbe consentito di operare dei giudizi di (dis)valore calibrati sulle singole fattispecie, dall’altro avrebbe impegnato eccessivamente il governo (tenuto conto dei tempi brevi per l’emanazione del decreto legislativo), imponendo “il diretto e complesso raccordo tra le nuove tipologie sanzionatorie e la disciplina di tutti gli istituti che, per la loro operatività, fanno riferimento alla pena detentiva”.¹²⁶

La riscrittura delle cornici sarebbe stata poi difficilmente praticabile in relazione a talune fattispecie che la legge di delegazione ha devoluto alla competenza del giudice di pace unicamente nella forma semplice e non in quella aggravata: in alcune ipotesi accade, infatti, che la fattispecie aggravata sia punita con una pena proporzionale a quella comminata per l’ipotesi base (art. 595 u.c. c.p.).¹²⁷ In presenza delle aggravanti della finalità di terrorismo, dell’agevolazione delle associazioni mafiose o della discriminazione razziale, quindi, la competenza per tutti i reati elencati nell’art. 4 d.lgs. 274/2000 è e rimane del tribunale, con applicazione della pena originaria, aumentata.¹²⁸

Come è stato rilevato, infine, l’eliminazione della differenza tra reclusione ed arresto nell’ambito della cornice edittale, avrebbe attenuato troppo la distinzione tra delitti e contravvenzioni:¹²⁹ le nuove sanzioni introdotte dal d.lgs. 274/2000 possono far perdere “identità” alle violazioni alle quali sono ricondotte, poichè accedono ad

¹²⁵ In questi termini, cfr. sempre la Relazione d.lgs. 274/2000, cit., IV.10.1. Vedi altresì E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 284 s.

¹²⁶ F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 401.

¹²⁷ Cfr. sul punto, ancora una volta, le osservazioni di F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., 401.

¹²⁸ D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, cit., 406.

¹²⁹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 10.

entrambe le categorie di reati.¹³⁰

La differenziazione tra delitti e contravvenzioni, che mantiene una sua rilevanza in punto disciplina (basti pensare che l'oblazione può essere ammessa solo per le seconde), si può operare più agevolmente attraverso il riferimento alla cornice edittale originaria, "accompagnata", ma non del tutto sostituita, dalle nuove previsioni sanzionatorie.

In virtù dell'adeguamento operato dall'art. 52 d.lgs. 274/000, che ha ridefinito, con una "clausola generale di sostituzione",¹³¹ per gruppi o scaglioni, le nuove cornici, partendo da quelle contenute nella fattispecie incriminatrice,¹³² si è quindi in presenza oggi di una "doppia cornice edittale".¹³³

Senza poter qui soffermarci nel dettaglio su aspetti marginali rispetto alla ricerca che stiamo conducendo, non possiamo sottovalutare come tale scelta tecnica si sia rivelata, a volte, foriera di dubbi esegetici.¹³⁴ Nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio, si sono riscontrati orientamenti confliggenti in tema di applicabilità delle sanzioni delineate dal d.lgs. 274/2000 alle ipotesi di reati attribuiti nella forma

¹³⁰ Cfr. I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 452: "Secondo una percezione laica e nella prospettiva di una prevenzione generale positiva, di orientamento ai valori, la circostanza che il nuovo apparato sanzionatorio di cui si sta parlando risulti sostanzialmente comune alle due specie di reati (stante l'identica sostanza di multa e ammenda, nonostante le innegabili differenze di disciplina nel caso, per esempio, dell'oblazione) finisce di fatto per attenuarne in misura significativa la distinzione". Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, cit., 408.

¹³¹ G. FLORA, *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, cit., 1202.

¹³² Si riporta il testo dei primi due commi dell'articolo, per agevolarne la lettura: "1. Ai reati attribuiti alla competenza del giudice di pace per i quali e' prevista la sola pena della multa o dell'ammenda continuano ad applicarsi le pene pecuniarie vigenti. 2. Per gli altri reati di competenza del giudice di pace le pene sono così modificate: a) quando il reato e' punito con la pena della reclusione o dell'arresto alternativa a quella della multa o dell'ammenda, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da lire cinquecentomila a cinque milioni; se la pena detentiva e' superiore nel massimo a sei mesi, si applica la predetta pena pecuniaria o la pena della permanenza domiciliare da sei giorni a trenta giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità' per un periodo da dieci giorni a tre mesi; b) quando il reato e' punito con la sola pena della reclusione o dell'arresto, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da lire un milione a cinque milioni o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità' da venti giorni a sei mesi; c) quando il reato e' punito con la pena della reclusione o dell'arresto congiunta con quella della multa o dell'ammenda, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da lire un milione e cinquecentomila a cinque milioni o la pena della permanenza domiciliare da venti giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità' da un mese a sei mesi". Cfr. A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 452; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1055.

¹³³ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 286; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, cit., 451.

¹³⁴ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 118.

semplice alla competenza penale del giudice di pace e nella forma aggravata a quella del giudice ordinario, quando si era in presenza di un reato aggravato ma il giudice aveva riconosciuto, in concreto, circostanze attenuanti giudicate equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti. Se, in un primo momento, si sono registrate pronunce favorevoli all'applicazione della sanzione prevista per il reato di competenza del giudice di pace, in quanto il mantenimento della specie di pena prevista per la fattispecie aggravata non si sarebbe giustificato, a seguito del giudizio di cui all'art. 69 c.p., "avendo il reato perduto - proprio "*quoad poenam*" e per effetto della elisione delle circostanze aggravanti - gli specifici profili di gravità",¹³⁵ più correttamente la giurisprudenza si è successivamente orientata con costanza ad escludere che si possa applicare il trattamento sanzionatorio più lieve di cui al d.lgs. 274/2000 al reato contestato in forma aggravata, se esso non appartiene alla competenza del giudice di pace, essendo quest'ultima una condizione necessaria per l'applicabilità delle sanzioni riformate.¹³⁶

2. La competenza per materia del giudice di pace penale

La riforma in esame realizza un connubio strettissimo tra diritto e processo, esaltando quest'ultimo "in tutte le sue potenzialità, in rapporto ad un gruppo determinato di reati".¹³⁷

Il complesso "microcosmo"¹³⁸ in cui il giudice di pace è chiamato ad operare è infatti caratterizzato, almeno nella volontà espressa dal legislatore, dalle peculiarità dei reati attribuiti alla sua cognizione, i quali sono stati scelti anche tenendo conto delle caratteristiche dell'organo giudicante, ampiamente diffuso sul territorio e "verosimilmente più sensibile a problematiche conflittuali di importanza "minore" nel contesto della criminalità generale, ma spesso di rilievo consistente nell'ambito

¹³⁵ Cass., 18 maggio 2004, n. 28006, in *Cass. pen.*, 2004, 3175

¹³⁶ Tra le altre, cfr. Cass., 26 novembre 2008, n. 46133, in *Ced Cassazione* 2008. Cfr. E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 57.

¹³⁷ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII.

¹³⁸ L'espressione è di A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

di una comunità sociale ristretta”.¹³⁹

Il vero baricentro del sistema si coglie così nella definizione della competenza per materia, che dipende in massima parte proprio dalla legge delega n. 468/1999, influenzata nel suo contenuto dai tentativi di riforma precedenti.

La delega contenuta nella legge 21 novembre 1991, n. 374 (art. 36) – che, sebbene non esercitata, per prima aveva delineato i confini di una possibile competenza penale del giudice di pace (affrontando il problema della selezione dei reati) – si era orientata verso una prospettiva particolare, che, per evitare l’attribuzione al giudice di pace di una gamma troppo ampia ed eterogenea di illeciti penali, cumulava il criterio della tipologia astratta del reato (devolvendo la competenza per tutte le contravvenzioni) e dell’entità della pena (delitti puniti con multa, anche in alternativa alla reclusione), a considerazioni di tipo qualitativo: doveva trattarsi di illeciti previsti da norme che non presentassero particolari difficoltà interpretative e non dessero luogo a peculiari problemi di valutazione della prova in sede di accertamento giudiziale.¹⁴⁰

Tali criteri, che si giustificavano con la minor qualificazione professionale del giudice e la massima semplificazione del rito, rimanevano comunque eccessivamente scarni e generici e contribuirono, ostacolando l’opera del legislatore delegato, a determinare l’esito infruttuoso del tentativo di riforma. Si comprende allora perché, nonostante la scelta del legislatore del 1999 presenti alcuni punti di affinità con la precedente, essa propende per una individuazione puntuale del catalogo dei delitti e delle contravvenzioni codicistiche da devolvere alla competenza del giudice di pace,

¹³⁹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., IX.

¹⁴⁰ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 109; G. FIDELBO, E. GALLUCCI, *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, cit., 11; D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 7 ss.; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 48; E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, cit., 2247. È necessario precisare che proprio sulle considerazioni di tipo qualitativo si era soffermato il Presidente della Repubblica nel messaggio di rinvio alle Camere formulato nell’agosto 1991 (“qualsiasi tipo di norma penale, pur se relativa a reati di lieve entità, può dar luogo a problemi di interpretazione e, d’altra parte, la evidenza della prova (...) dipende dalle singole situazioni processuali”), al quale erano seguiti tuttavia solo dei limitati interventi sul testo normativo, chiarendo ad esempio (in modo peraltro superfluo) che i diversi criteri dovevano considerarsi concorrenti. G. SPANGHER, *Sub artt. 36 e 37*, cit., 278, però, sottolinea la necessità che si prenda in esame la facilità di interpretazione del dato normativo e della portata precettiva della norma, nonché, a seguito di una valutazione storico-statistica, la complessità, possibile o probabile, “del quadro probatorio che la fattispecie di reato può sostanziare per la dimostrazione della sua esistenza”. Cfr. altresì V. NAPOLEONI, *La “lunga marcia” verso la competenza penale del giudice di pace*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, 161.

(senza nulla dire espressamente in merito al loro comune denominatore),¹⁴¹ fornendo poi al governo, in via residuale, indicazioni molto più precise, a tratti stringenti, per l'attuazione della delega con riferimento alla legislazione complementare.¹⁴²

2.1 Linee-guida e principi direttivi

In forza delle indicazioni contenute nella legge delega,¹⁴³ i reati attribuiti alla competenza penale del giudice di pace sono principalmente delitti lievi in materia di incolumità e libertà personale, tutela del patrimonio e tutela dell'onore, nonché alcune contravvenzioni codicistiche “che, in filigrana, lasciano trasparire la presenza di un interesse o, comunque, di una posizione personale significativa per

¹⁴¹ M. PAPA, *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, cit., 33.

¹⁴² F.A. MAZZA, *Il percorso legislativo della competenza penale*, cit., par. 4.1; D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 11; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 49.

¹⁴³ Si riporta per completezza il testo dell'art. 15 della legge 468/1999: *Competenza in materia penale del giudice di pace* - 1. Al giudice di pace è devoluta la competenza per i delitti previsti dai seguenti articoli del codice penale: 581 (percosse); 582, secondo comma (lesione personale punibile a querela della persona offesa); 590 (lesioni personali colpose), limitatamente alle fattispecie perseguibili a querela di parte e ad esclusione delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando in tutti i casi anzidetti la malattia abbia una durata superiore a venti giorni; 593, primo e secondo comma (omissione di soccorso); 594 (ingiuria); 595, primo e secondo comma (diffamazione); 612, primo comma (minaccia); 626 (furti punibili a querela dell'offeso); 627 (sottrazione di cose comuni); 631 (usurpazione), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 632 (deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 633, primo comma (invasione di terreni o edifici), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 635, primo comma (danneggiamento); 636 (introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo), salvo ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 637 (ingresso abusivo nel fondo altrui); 638, primo comma (uccisione o danneggiamento di animali altrui); 639 (deturpamento e imbrattamento di cose altrui) e 647 (appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o nel caso fortuito).

2. Al giudice di pace è devoluta la competenza per le contravvenzioni previste dai seguenti articoli del codice penale: 689 (somministrazione di bevande alcoliche a minori o a infermi di mente); 690 (determinazione in altri dello stato di ubriachezza); 691 (somministrazione di bevande alcoliche a persona in stato di manifesta ubriachezza); 726, primo comma (atti contrari alla pubblica decenza) e 731 (inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori).

3. Al giudice di pace è inoltre devoluta la competenza per i reati previsti da leggi speciali, da individuare nel rispetto di tutti i seguenti criteri:

- a) reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro mesi, ovvero con una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, ad eccezione di quelli che nelle ipotesi aggravate sono puniti con una pena detentiva superiore a quella suindicata;
- b) reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative o non ricorre, di regola, la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto e per i quali è possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno;
- c) reati che non rientrano in taluna delle materie indicate nell'articolo 34 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ovvero nell'ambito delle violazioni finanziarie.

l'integrazione dell'offesa". Non si tratta certo di forme di criminalità propriamente gravi, ma comunque – come è stato efficacemente illustrato – si è in presenza di espressioni di una microconflittualità insidiosa che, se non deve essere curata drasticamente, “richiede però un'attenzione pronta e sollecita; come le piccole ferite che occorre disinfettare tempestivamente per scongiurare il rischio di infezioni”.¹⁴⁴

Gran parte delle ipotesi di reato attribuite al giudice di pace mettono in luce coerentemente il suo ruolo di “garante della pace sociale nei rapporti interpersonali”¹⁴⁵, ma non mancano deviazioni importanti da questo modello, con fattispecie che non “consentono di individuare sullo sfondo l'immagine di un rapporto sociale al cui interno acquista significato un comportamento volto all'eliminazione delle conseguenze del reato”.¹⁴⁶

In realtà, già con la legge delega n. 468 erano state operate scelte almeno in parte stridenti con una prospettiva pacificatrice, in particolare se si considerano le contravvenzioni codicistiche e – per quanto riguarda le valutazioni che il governo avrebbe dovuto operare da solo, selezionando le fattispecie della legislazione complementare – alcune indicazioni così stringenti da rendere difficile, al legislatore delegato, delineare un modello perfettamente coerente con le premesse poste. Per quanto riguarda i reati previsti da leggi speciali, ferme alcune esclusioni, venivano fissati nella delega due fondamentali criteri da osservare per la delimitazione della competenza del giudice di pace: uno di natura quantitativa, con il riferimento a reati per cui era prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro mesi, ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena (ad eccezione di quelli che nelle ipotesi aggravate sono puniti con una pena detentiva superiore a quella suindicata), ed uno, complesso, di natura qualitativa, per i reati che non presentavano particolari difficoltà interpretative, in relazione ai quali non ricorreva, di regola, la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in

¹⁴⁴ L'affermazione riportata è, come quella precedente, di T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII.

¹⁴⁵ G. FIDELBO, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 35; G. FIDELBO, E. GALLUCCI, *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, cit., 13. Così anche G. SPANGHER, *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 401; V. NAPOLEONI, *La “lunga marcia” verso la competenza penale del giudice di pace*, cit., 162.

¹⁴⁶ Cfr. E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 12. Cfr. anche E. GALLUCCI, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, cit., 15.

diritto e per i quali, infine, era possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno.¹⁴⁷

Come ha evidenziato Padovani, tali criteri cumulativamente stabiliti dall'art. 15 c. 3 l. 468/1999 hanno tuttavia finito per trasformare la ricerca dei reati della legislazione penale complementare, da attribuire al giudice onorario, in una sorta di caccia al tesoro, con risultati poco esaltanti anche forzando il dato normativo.¹⁴⁸

Il legislatore delegato, come si legge nella Relazione e come approfondiremo anche più avanti, ha ritenuto di dover interpretare il dato testuale della legge delega nella sua massima latitudine, per valorizzare la professionalità del giudice di pace e per evitare di escludere dalla sua competenza, ad esempio, in forza del criterio legato all'eliminazione delle conseguenze dannose, "fattispecie di pericolo astratto in relazione alle quali non sia ravvisabile alcuna conseguenza dannosa: e dunque presumibilmente meno gravi, oltre che di accertamento più agevole".

Il richiamo alle conseguenze del reato è stato inteso, così, "in senso atecnico", per escludere le ipotesi di considerevole gravità; si è considerato non vincolante il riferimento alla loro possibile eliminazione e si sono esclusi dal novero dei reati di competenza del giudice di pace quelli suscettibili di produrre effetti non rimovibili, mentre "sono stati attribuiti a questo giudice, quelli che per la loro tipologia producano conseguenze eliminabili come anche quelli che non producano affatto conseguenze", nonostante questi ultimi non possano usufruire del meccanismo estintivo di cui all'art. 35.¹⁴⁹

In tema di competenza, la legge delega si riferiva poi anche alla connessione: nei principi e criteri direttivi (art. 17) era prevista una ridefinizione della disciplina

¹⁴⁷ Cfr. E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 45; G. SPANGHER, *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., 401; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 111.

¹⁴⁸ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIII.

¹⁴⁹ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II. 2.1. Si legge altresì, in essa: "Gli autori dei reati appartenenti alla seconda classe potrebbero risultare sperequati rispetto agli altri, nella misura in cui non possano usufruire del meccanismo estintivo di cui all'articolo 35 del decreto legislativo, ritagliato attorno al risarcimento, alle restituzioni o - in genere - al ripristino dello *status quo ante*. Peraltro, analoga questione fu sollevata in relazione al meccanismo della prescrizione di cui all'articolo 21 comma 2 d.lgs. 19.12.1994, n. 758, dinanzi alla Corte costituzionale e da questa respinta, argomentando dal fatto che la diversa struttura delle fattispecie incriminatrici fosse idonea a giustificare le differenze di trattamento legislativo (sent. 28 maggio 1999, n. 205)". Cfr. C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 55. Criticamente, sul punto, S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 57.

generale, tenendo conto della particolare natura dei reati devoluti alla competenza del giudice di pace. La peculiarità, anche sul fronte sanzionatorio, della giurisdizione esercitata dal giudice di pace ne giustificava la sua tendenziale esclusività.¹⁵⁰

La scelta del legislatore delegato è stata quella di ridurre al minimo (in base all'art. 6 d.lgs. 274/2000: ipotesi di concorso formale di reati, con esclusione di quelle in cui non sia possibile la riunione dei processi o sia coinvolto un giudice speciale¹⁵¹) i casi di connessione tra procedimenti di competenza del giudice onorario e procedimenti di competenza di un giudice diverso, valorizzando “la specificità funzionale della giurisdizione di pace”¹⁵² nonché le peculiarità del suo rito, “caratterizzato da tratti di semplificazione e snellezza che ne esaltano la funzione conciliativa”¹⁵³, ed evitando il rischio che giudizi concernenti reati minori potessero essere condizionati “dalle vicissitudini relative a processi per reati di maggiore gravità e di più difficile accertamento”.¹⁵⁴ Nei pur limitati esempi in cui operano le norme sulla connessione, l'imputato può comunque beneficiare del più favorevole regime sanzionatorio delineato dal titolo II del decreto legislativo, oltre alle modalità di definizione del procedimento di cui agli artt. 34 e 35.¹⁵⁵

2.2 La competenza per i reati previsti dal codice penale

I reati attribuiti alla competenza del giudice di pace sono un catalogo eterogeneo, “ma sufficientemente caratterizzato per alcune note di “genere””.¹⁵⁶

¹⁵⁰ R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 73; G.M. BACCARI, *Gli aspetti processuali della competenza penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 134 s.

¹⁵¹ Come evidenzia R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 77, una diversa scelta, sul punto, avrebbe potuto pregiudicare l'imputato, costretto a disperdere le proprie forze in due procedimenti separati, ancorché vertenti sui medesimi fatti. Cfr. altresì A. IACOBONI, *La competenza penale del giudice di pace*, in *Foro it.*, 2001, V, 64; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 99; V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 29, nonché, criticamente, con riferimento all'esclusione della connessione modificativa in ipotesi di continuazione P. PROFITI, *I compiti della procura e della polizia giudiziaria nel processo penale dinanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 237 ss.

¹⁵² T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVI.

¹⁵³ Corte Cost., 5 marzo 2009, n. 64, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁵⁴ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 61.

¹⁵⁵ L'art. 63 d.lgs. 274/2000, infatti, prevede che: “Nei casi in cui i reati indicati nell'articolo 4, commi 1 e 2, sono giudicati da un giudice diverso dal giudice di pace, si osservano le disposizioni del titolo II del presente decreto legislativo, nonche', in quanto applicabili, le disposizioni di cui agli articoli 33, 34, 35, 43 e 44”.

¹⁵⁶ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 97.

Quelli che meglio si avvicinano ai principi della riforma – in quanto trattasi di reati ispirati “ad un modello criminologico omogeneo”,¹⁵⁷ espressivi di microconflittualità tra privati, posti a presidio di interessi individuali e perseguibili, per la quasi totalità, a querela¹⁵⁸ – sono, senza dubbio, i delitti contenuti nel codice, attribuiti alla competenza penale del giudice di pace dall’art. 4 c. 1, lett. a, d.lgs. 274/2000, in stretta aderenza al dettato della legge delega.¹⁵⁹

Emblematici sono, in particolare, soprattutto per la loro frequenza, i delitti contro l’incolumità individuale e la libertà morale (percosse, lesioni personali dolose lievissime e lesioni personali colpose, salve alcune eccezioni, minaccia semplice), i delitti contro l’onore (ingiuria e diffamazione non a mezzo stampa) e – tra i delitti contro il patrimonio – i furti minori di cui all’art. 626 c.p., nonché il danneggiamento semplice.

Bisogna tener presente, peraltro, che la competenza del giudice di pace per tali reati, così come per gli altri, viene meno quando subentra quella del tribunale per i minorenni nonché, essendovi una riserva di competenza del tribunale, quando ricorrono le circostanze indicate dall’art. 4 c. 3 d.lgs. 274/2000: vale a dire quelle previste dagli articoli 1 del decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15 (finalità di terrorismo), 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (criminalità organizzata), e 3 del decreto legge 26 aprile 1993 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (discriminazione razziale).

Quanto in particolare al reato di lesioni, statisticamente assai diffuso,

¹⁵⁷ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 115.

¹⁵⁸ Le uniche eccezioni sono costituite dall’omissione di soccorso (art. 593) e dal deturpamento ed imbrattamento aggravato di cose di interesse storico o artistico (art. 639 c.2): M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 104 s.; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 50 s.; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 112 s. Il primo reato è stato sottratto alla competenza del giudice di pace dalla legge 72/2003; il secondo è verosimilmente frutto di una “disattenzione” del legislatore: la previsione del disegno di legge delega (del 1996) che devolveva al giudice di pace il delitto di deturpamento di cose altrui di cui all’art. 639 (all’epoca sempre perseguibile a querela) non è stata coordinata con la sopravvenuta introduzione di un secondo comma all’articolo, in forza della legge n. 352 del 1997, che contempla una sottofattispecie aggravata, perseguibile d’ufficio. Cfr. sul punto P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, 42; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 27, nonché E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 35.

¹⁵⁹ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 103.

l'attribuzione al giudice di pace della relativa competenza è stata frutto di una lunga e travagliata gestazione.¹⁶⁰ Nell'art. 4 d.lgs. 274/2000 sono inserite le lesioni dolose lievissime perseguibili a querela di parte, che si caratterizzano per una durata della malattia non superiore ai venti giorni e per l'assenza delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 583 e 585 c.p.,¹⁶¹ nonché le lesioni personali colpose perseguibili a querela, ma con l'esclusione rilevantissima delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni o relative all'igiene sul lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, qualora la malattia sia superiore ai venti giorni. Dal 2008 sono escluse dalla competenza del giudice di pace anche le lesioni colpose gravi commesse da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (tasso alcoolemico superiore a 1,5 g/l) ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

E' interessante notare, come le lesioni colpose fossero assenti dal disegno originario della legge delega ed il loro inserimento sia stato accompagnato da un acceso dibattito, suscitato principalmente dalle difficoltà di accertamento processuale connesse ai reati colposi.

L'individuazione e la valutazione della regola cautelare attorno alla quale ruota la responsabilità a titolo di colpa e l'accertamento del nesso sono assai complessi – soprattutto in determinati campi (quali la colpa professionale) – e richiedono al giudice un'indagine lunga ed approfondita anche di carattere tecnico-specialistico,¹⁶² che può appesantire notevolmente il processo.¹⁶³

La ragione della scelta operata è, però, perfettamente comprensibile: l'esclusione avrebbe comportato un ribaltamento della scala di gravità tra forma dolosa e colposa dello stesso illecito, con le lesioni dolose attribuite al giudice di pace, che non può irrogare la pena detentiva, e le corrispondenti figure colpose conosciute dal tribunale e punite con la pena privativa della libertà personale.

¹⁶⁰ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 107. Per un'analisi a riguardo cfr. anche G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114.

¹⁶¹ Con due limitate eccezioni: lesioni indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'art. 577 c.p.

¹⁶² Sebbene, come evidenzia G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114, nella Relazione della Commissione Giustizia al disegno di legge, comunicata alla Presidenza del Senato in data 13 gennaio 1999, si fosse contraddittoriamente precisato che “la delicatezza delle indagini non pare sussista allorché la gravità delle lesioni è così ridotta”. Cfr., invece, M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 107.

¹⁶³ A. SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, cit., 230.

Il legislatore ha quindi optato per la soluzione compromissoria dell'attribuzione al giudice di pace di una larga frangia di lesioni colpose anche gravi o gravissime, ma con significative limitazioni sul fronte della colpa professionale e della violazione di norme antinfortunistiche, nonché delle lesioni causative di malattie professionali. Si è però mantenuta anche in questi settori la competenza del giudice di pace per le lesioni lievissime, al fine di garantire la corrispondenza sanzionatoria con le lesioni dolose.¹⁶⁴

In forza di tale disciplina, la violazione di una regola cautelare in materia di circolazione stradale – salve le peculiari ipotesi connesse alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, successivamente sottratte alla competenza del magistrato onorario per ragioni di “sicurezza pubblica” – conserva la competenza del giudice di pace, mentre la violazione di una norma antinfortunistica, a parità di lunghezza della malattia (superiore ai venti giorni), comporta automaticamente l'intervento del tribunale e l'applicazione di sanzioni più severe. Come è stato rilevato, le scelte della legge delega in materia di lesioni colpose hanno dunque provocato “la rottura del regime sanzionatorio unitario dettato dal codice per le lesioni gravi e gravissime causate per violazione delle norme sulla circolazione stradale e in tema di infortuni sul lavoro”, per le quali sino al 2000 era comminata la stessa pena,¹⁶⁵ mentre sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse esplicitato i criteri di selezione.¹⁶⁶

I delitti contro l'onore di competenza del giudice di pace (ingiuria e diffamazione) sono invece ben compatibili con caratteristiche del procedimento delineato dal d.lgs. 274/2000 ed in particolar modo con le istanze conciliative che lo

¹⁶⁴ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 43; C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 51.

¹⁶⁵ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 45. Sul tema cfr., anche Corte Cost., 4 maggio 2005, n. 187, in *Giur. cost.*, 2005, 3, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli artt. 52, 63 e 64 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, censurati, in riferimento agli artt. 3, 27 comma 3 e 32 Cost., in quanto rendono applicabili al reato di lesioni colpose commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale le sanzioni previste dal predetto art. 52 per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, mentre ai reati di lesioni connesse a colpa professionale o commessi in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, che continuano ad essere attribuiti alla competenza del giudice ordinario, sono applicabili le sanzioni previste dal codice penale. Cfr. altresì M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 109.

¹⁶⁶ A. DI MARTINO, *Sanzioni*, cit., 447.

animano, senza presentare, sul fronte dell'accertamento, difficoltà particolari.¹⁶⁷

Quanto alla diffamazione, è però opportuno precisare che non sono state devolute alla competenza del giudice di pace le ipotesi in cui l'offesa sia arrecata con il mezzo della stampa (o con gli altri mezzi indicati dall'art. 595 c. 3) o sia rivolta ai particolari soggetti elencati nel c. 4 dell'art. 595, benchè siano pur sempre perseguibili a querela di parte. Le ragioni di tale scelta singolare – se confrontata con le altre effettuate dal legislatore per i delitti, attribuendo al tribunale le sole figure circostanziate procedibili d'ufficio (si veda la minaccia) – si debbono cogliere sul piano della gravità dei fatti e della natura degli interessi coinvolti, “in qualche misura più ampi del mero rapporto tra offeso e offensore”, soprattutto nelle ipotesi di cui al c. 4 dell'art. 595 (in cui essi hanno una natura in qualche misura pubblica).¹⁶⁸

Un'ultima osservazione, che in qualche modo riguarda i delitti del codice penale, deve essere riservata al tema dell'incompetenza per materia.

Nonostante spesso accada che la sussistenza o l'esclusione di una circostanza emerga solo dallo svolgimento del processo, come abbiamo visto, il legislatore ha attribuito al giudice di pace, in relazione a diverse fattispecie, le figure-base dei reati (es. minaccia, diffamazione, danneggiamento), lasciando alla competenza del tribunale le figure aggravate.¹⁶⁹

Tale modalità di ripartizione della competenza, in forza della previsione del codice di procedura penale che considera l'incompetenza per materia a favore di un giudice inferiore irrilevante se non eccepita o rilevata entro il termine di cui all'art. 491 c. 1 c.p.p., avrebbe tuttavia rischiato di rivelarsi del tutto inadeguata alle esigenze di alleggerimento del carico di lavoro dei togati. Proprio per scongiurare il rischio di un notevole ridimensionamento di fatto nelle competenze della giurisdizione di pace, il legislatore ha così stabilito all'art. 48 del decreto che, in deroga alla disciplina codicistica, il giudice togato debba dichiarare la propria incompetenza in ogni stato e grado del processo, ordinando la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

¹⁶⁷ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 106.

¹⁶⁸ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 114.

¹⁶⁹ E' stato chiarito condivisibilmente dalla giurisprudenza che la competenza del giudice di pace rimane esclusa, quando il reato è attribuito alla competenza del giudice di pace solo nella forma semplice, anche se la circostanza aggravante è improduttiva di effetti sulla pena in conseguenza del giudizio di bilanciamento: Cass., 21 aprile 2009, n. 20852, in Ced Cassazione 2009.

Come la dottrina ha evidenziato, tale scelta legislativa, comprensibile negli intenti, non è sempre conforme ad esigenze di celerità del processo, stimolando l'insorgere di un'ampia conflittualità sugli elementi circostanziali rilevanti.¹⁷⁰ A parziale correttivo si è comunque stabilito che le prove assunte davanti al giudice togato dichiaratosi incompetente siano utilizzabili nel processo davanti al giudice onorario.¹⁷¹

Le cinque contravvenzioni previste dal codice penale,¹⁷² che sono state attribuite alla competenza del giudice di pace, sono poste a tutela di interessi sovraindividuali e quindi è assai complicato tentare di ricondurle alla tipologia criminologica emergente dal catalogo di reati fino ad ora esaminati.¹⁷³

La scelta del legislatore può solo con notevole difficoltà essere spiegata alla luce delle caratteristiche del procedimento davanti al giudice di pace, non presentandosi in sintonia con l'impianto complessivo della riforma.¹⁷⁴

Non sono riscontrabili, in questo gruppo, fattispecie che siano adatte ad un percorso conciliativo-mediativo, mancando innanzitutto una persona offesa¹⁷⁵. La disponibilità di un istituto largamente deflattivo come l'oblazione¹⁷⁶ e la procedibilità d'ufficio renderebbero in ogni caso difficile pensare in concreto all'utilità di un

¹⁷⁰ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 122 s. evidenzia come, paradossalmente, se nel corso del processo emergesse l'insussistenza dell'elemento da cui le norme fanno discendere la perseguibilità d'ufficio, anche accertata l'inesistenza della querela, il tribunale non potrebbe limitarsi a dichiarare il difetto della procedibilità, non essendo competente a decidere dell'ipotesi delittuosa correlativa. Cfr. altresì G.M. BACCARI, *Gli aspetti processuali della competenza penale*, cit., 129 s.

¹⁷¹ G.M. BACCARI, *Gli aspetti processuali della competenza penale*, cit., 138.

¹⁷² Art. 4 c. 1, lett. b, d.lgs. 274/2000: 1. Il giudice di pace è competente: b) per le contravvenzioni previste dagli articoli 689, 690, 691, 726, primo comma, e 731 del codice penale. Come ricorda S. QUATTROCOLO, *L. 24/11/1999 n. 468 – Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'art. 593 del codice di procedura penale – Analisi*, in *Leg. pen.*, 2000, 1, 5, rispetto alla stesura iniziale del progetto di legge-delega (Progetto C. 1873) il numero di reati è stato drasticamente ridotto soprattutto sul fronte delle contravvenzioni, in quanto molte fattispecie originariamente previste (mendicizia, bestemmia, turpiloquio, omesso avviamento dei minori al lavoro) sono state eliminate nella versione definitiva, anche perché già incluse nella manovra di depenalizzazione avviata con la legge 205/1999.

¹⁷³ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 44; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 115.

¹⁷⁴ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 109. Cfr. anche G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 115 s.

¹⁷⁵ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110

¹⁷⁶ Cfr. G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 156. Un tanto soprattutto nell'ambito del sistema del giudice di pace dove, come vedremo, sostanzialmente tutte le contravvenzioni sono state rese oblazionabili: F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 109.

tentativo di conciliazione, che – sebbene non escluso e comunque auspicabile – è imposto dall’art. 29 soltanto per i reati procedibili a querela.

Un giudizio “moderatamente positivo”¹⁷⁷ sulla loro inclusione nell’elenco di cui all’art. 4 è stato tuttavia formulato da chi ha considerato che tali illeciti penali - di limitata rilevanza statistica - si caratterizzano comunque per la semplicità dello schema legale¹⁷⁸ e per il particolare contesto in cui si inseriscono: “sullo sfondo di tali fattispecie, pare pur sempre riscontrabile l’immagine di un rapporto sociale, di una relazione intersoggettiva tra consociati”.¹⁷⁹ Come abbiamo già ricordato con le parole di Padovani, si può cogliere, all’orizzonte, “un interesse” o comunque “una posizione personale significativa per l’integrazione dell’offesa” che, se non pare sufficiente per far pensare proficuamente ad una vera e propria riconciliazione, può almeno aprire le porte a qualche forma di intervento di “riparazione” nei confronti del privato coinvolto, *lato sensu* intesa, come possiamo leggere in un passaggio della Relazione, per il resto poco cristallino.¹⁸⁰

Le contravvenzioni in questione comprendono, oltre alle figure attinenti alla prevenzione dell’alcoolismo ed all’ubriachezza (artt. 689, 690, 691 c.p.), gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.1) e l’inosservanza dell’obbligo di istruzione elementare dei minori (art. 731).

Tale ultima fattispecie, in particolare, può investire il giudice di pace di un compito molto importante, facendolo intervenire all’interno del nucleo sociale costituito dalla famiglia in un momento molto delicato: quello dell’educazione dei figli.¹⁸¹

Se si considera che la maggior parte dei procedimenti per i reati contravvenzionali in esame veniva definita, prima della riforma, attraverso il ricorso al decreto penale di condanna, si comprende, ancora una volta, che nel “contesto di

¹⁷⁷ In questi termini: M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

¹⁷⁸ Quanto alle difficoltà interpretative, è difficile, in ogni caso, fare valutazioni in relazione alla fattispecie astratta, non essendo decisiva la semplicità dello schema legale: A. SCALFATI, *Primi rilievi sull’attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, cit., 230; A. MANNA, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 25.

¹⁷⁹ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

¹⁸⁰ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2.1: “sebbene difficilmente ascrivibili al protocollo criminologico della microconflittualità interindividuale, questi reati sembrano tuttavia ancora modellati sulla caratterizzazione del giudice di pace come “compositore di controversie individuali”: in massima parte rispondono allo schema del reato di pericolo, e dunque tollerano condotte di tipo *lato sensu* riparatorio”. Cfr. C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 53.

¹⁸¹ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 116.

pace” la deflazione assume un ruolo di secondo piano, o quanto meno accessorio rispetto alla finalità specialpreventiva di sensibilizzare il soggetto agente in ordine alla natura della condotta illecita posta in essere¹⁸² (attraverso l’invito a partecipare al processo, in seno al quale possono essere realizzate condotte anche latamente “riparatorie”).

2.3 La competenza per i reati della legislazione complementare

In termini ancora più netti rispetto alle contravvenzioni codicistiche, i reati della legislazione complementare attribuiti alla competenza penale del giudice di pace sono irriducibili ad un conflitto interpersonale ricomponibile e sono privi di un danno riparabile.¹⁸³

Come abbiamo anticipato analizzando i principi, l’elenco delle fattispecie della legislazione complementare devolute alla giurisdizione di pace può considerarsi il risultato di due approcci contrapposti, che hanno guidato il legislatore delegante e quello delegato.¹⁸⁴

Da un lato, le condizioni imposte in via cumulativa dalla legge delega per l’individuazione delle fattispecie da inserire nel decreto legislativo erano molto stringenti, evidenziando un atteggiamento di grande cautela del delegante.¹⁸⁵

Dall’altro, il legislatore delegato, in una prospettiva diversa, intendeva arricchire il più possibile il catalogo di reati attribuito alla competenza del giudice onorario. Di conseguenza, fermi alcuni insuperabili ostacoli (reati puniti entro un limite edittale massimo di pena detentiva, al fine di escludere gli illeciti penali di rilevante disvalore), il dato testuale della legge delega è stato interpretato dal governo nella sua massima estensione, per assicurare alla competenza del giudice di pace una certa ampiezza. I silenzi del legislatore in tema di durata massima della pena pecuniaria sono stati ampiamente valorizzati e non si sono introdotti dei limiti ostativi, corrispondenti – alla stregua del ragguglio dettato dall’art. 135 c.p. – ai quattro mesi previsti come limite massimo per i reati puniti con la pena detentiva,

¹⁸² M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 110.

¹⁸³ M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 103. Cfr. altresì G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 27.

¹⁸⁴ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 113 ss.

¹⁸⁵ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull’attribuzione della competenza*, cit., 118.

anche se si sono evitati i reati sanzionati con una pena pecuniaria particolarmente alta. Le esclusioni espresse di cui all'art. 15 c. 3, lett. c, della legge delega, invece, sono state interpretate restrittivamente.¹⁸⁶

Ma la scelta più rilevante ai nostri fini, come ricordato, è stata di certo quella che ha investito il criterio della possibile eliminazione delle conseguenze dannose, chiaramente funzionale, nella prospettiva del legislatore delegante, ad una valorizzazione della vocazione conciliativa del giudice di pace. Per le ragioni già enunciate – nonché in considerazione del fatto che l'esclusione delle fattispecie di pericolo o comunque di quelle preclusive di forme di riparazione non poteva dirsi imposta dalla legge delega, visto che nelle fattispecie codicistiche da essa puntualmente indicate all'art. 15 c. 2 erano state incluse contravvenzioni per le quali non è possibile alcuna reintegrazione – nel decreto legislativo sono stati introdotti reati che per la loro tipologia producono conseguenze eliminabili e reati che, nella valutazione del legislatore, non producono conseguenze, in forza di un'interpretazione limitatrice ai soli reati di danno del criterio dell'eliminabilità delle conseguenze.¹⁸⁷

Il risultato di tale impegnativa operazione ermeneutica, espresso dall'art. 4 c. 2 del d.lgs. 274/2000, non può dirsi del tutto soddisfacente.

Il catalogo dei reati resta comunque limitato e molti illeciti sono dettati da disposizioni “vecchie e poco applicate”, che molti autori ritengono dovessero essere piuttosto depenalizzate.¹⁸⁸

I reati in questione si discostano, poi, dalla fisionomia del “giudice mediatore di conflitti”,¹⁸⁹ trattandosi di fattispecie incidenti sulle più diverse materie (si va da quelle in materia di lotto e lotterie a quelle in materia di elezioni, ferrovie o farmacie), spesso poste a tutela di interessi diffusi e perseguibili d'ufficio. Essi sono così eterogenei da aver portato un parte della dottrina a considerare vano ogni

¹⁸⁶ Il legislatore delegato ha ritenuto di escludere dalla competenza del giudice di pace solo le materie richiamate dall'art. 34 della l. 689/1981 senza alcuna precisazione, oltre alle disposizioni specificamente indicate.

¹⁸⁷ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 122.

¹⁸⁸ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 128; G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 152.

¹⁸⁹ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 48.

tentativo di razionalizzazione.¹⁹⁰

Sarebbe stato forse preferibile riconoscere l'impossibilità di attuare la delega per mancanza di fattispecie idonee, piuttosto che finire per inquinare il modello.¹⁹¹

In tale quadro negativo, una lancia a favore del legislatore deve essere spezzata solo sul fronte della "semplicità di accertamento" che caratterizza molti di questi reati, soprattutto in relazione alla tipologia di materiale istruttorio (documenti, rilevazioni amministrative) su cui può fondarsi la prova.

Tale affermazione, però, non vale sempre: questa caratteristica non è presente in molti illeciti che richiamano lo schema dell'art. 650 c.p. (Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità), in relazione ai quali, tra i diversi profili problematici, emerge la questione dell'"apprezzamento richiesto al giudice penale circa la legittimità dell'azione amministrativa, ivi compresa la corretta gestione del momento discrezionale".¹⁹²

Il tema non è nuovo. L'inserimento nell'art. 4 d.lgs. 274/2000 dei reati improntati al modello dell'art. 650 c.p. era stato al centro di un vivace dibattito in sede governativa, suscitato dalla circostanza che la fattispecie codicistica in questione non era stata attribuita alla competenza del giudice di pace. Il legislatore delegato ha però preferito non escluderli in modo drastico, scegliendo meticolosamente solo quelli che apparivano privi di eccessive difficoltà interpretative, come richiesto da un criterio contenuto nella legge delega, per il resto ben poco valorizzato.¹⁹³

In conclusione, non si può che riconoscere che l'idea di giustizia conciliativa cui si ispira la riforma è difficilmente valorizzabile in ambito extracodicistico.¹⁹⁴ Di qui la scelta governativa di interpretare estensivamente i criteri dettati dal legislatore delegante, quale unica condizione per poter esercitare la delega, anche se appare necessario ribadire quanto afferma una parte della dottrina: non inserire nel d.lgs.

¹⁹⁰ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 119.

¹⁹¹ E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 12. Cfr. altresì G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 119.

¹⁹² P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 51. Cfr., tra gli altri, l'art. 102 c.2 D.P.R. n. 361/1957 (in materia di elezioni della Camera dei Deputati).

¹⁹³ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 126 s.; G. DIOTALLEVI, *Soggetti, giurisdizione e competenza*, cit., 27. Critica sul punto è la posizione di C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 56.

¹⁹⁴ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 131.

274/2000 i reati della legislazione complementare – che soprattutto dopo l'estromissione della guida in stato di ebbrezza non incidono statisticamente in modo apprezzabile sulla nuova competenza – avrebbe di certo contribuito ad una maggior coerenza del sistema.¹⁹⁵

2.4 Riforme incidenti sulla competenza per materia del giudice di pace e questioni connesse

Numerosi sono gli interventi normativi che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 274/2000, hanno inciso sul suo assetto originario.

Molte novità, in particolare, hanno riguardato proprio l'elenco dei reati attribuiti alla competenza per materia del giudice di pace e, per limitarci solo agli esempi più significativi, possiamo ricordare l'eliminazione del riferimento ai reati di omissione di soccorso comune e stradale nell'art. 4 d.lgs. 274/2000 (art. 593 c.p. e art. 189 c. 6 Codice Strada), operata con la legge 9 aprile 2003, n. 72, e la sottrazione al giudice di pace della competenza in materia di guida sotto l'effetto di alcool e di rifiuto di sottoporsi all'accertamento dello stato di ebbrezza attraverso l'introduzione, con l'art. 5 della legge di conversione 1 agosto 2003, n. 214 del decreto legge 151/2003, di un ulteriore periodo nel testo dell'art. 186 c. 2, che recitava (oggi la norma è stata ulteriormente modificata): “Per l'irrogazione della pena è competente il tribunale”.

Le ragioni di politica criminale sottese agli interventi sono parzialmente sovrapponibili, anche se è difficile nascondere, in generale, quanto essi tradiscano una precipitosa sfiducia nelle capacità del nuovo giudice.¹⁹⁶

La prima riforma si può spiegare con la notevole crescita di allarme sociale suscitato da frequenti episodi di cronaca, soprattutto nell'ambito della circolazione stradale, relativi ad omissioni di soccorso “percepite, oltre che come condotte intrinsecamente pericolose nei confronti delle vittime, come violazioni particolarmente riprovevoli di una regola etica fondamentale”¹⁹⁷ di solidarietà

¹⁹⁵ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 52; G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 119 s.

¹⁹⁶ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, cit., 19 s.

¹⁹⁷ G. PADOVANI, *Omissione di soccorso: aggravamento del regime sanzionatorio ed abolizione della competenza del giudice di pace*, in *Leg. pen.*, 2003, n. 2, 161.

sociale, come una manifestazione di disinteresse crescente verso la sofferenza altrui. Le sanzioni, troppo miti, irrogate dal giudice di pace fino a quel momento ed il singolare procedimento che lo caratterizzava apparivano al legislatore inadeguati alla gravità dei reati in questione: non si poteva, in particolare, procedere all'arresto dell'autore del reato, nè applicargli misure cautelari personali.

Sanzioni e procedimento delineati dal d.lgs. 274/2000 si scoprivano inadatti, tuttavia, anche per la guida sotto l'effetto di alcool, reato serio e diffuso: l'irrogazione delle prime poteva essere troppo spesso evitata attraverso il ricorso all'oblazione discrezionale – riconosciuta dalla giurisprudenza come pacificamente applicabile, dopo un primo momento di incertezza, alle contravvenzioni punite *ex art. 52* con pena alternativa (paradetentiva o pecuniaria)¹⁹⁸ – mentre il procedimento non offriva ulteriori grossi vantaggi sul fronte della rapidità di definizione, in conseguenza del fatto che l'assenza di riti speciali si coniugava all'impossibilità di ricorrere a strumenti conciliativi in presenza di tale reato di pericolo, privo di persona offesa.

A tali riforme se ne sono accompagnate altre che hanno suscitato molti dubbi negli operatori, anche in merito all'eventuale sottrazione di competenze al giudice di pace.

Dopo una prima fase di incertezze con riferimento al reato di guida sotto l'effetto di stupefacenti – dovuta al fatto che la riforma del 2003 non aveva inserito la frase “per l'irrogazione della pena è competente il tribunale” anche nell'art. 187 Codice Strada, che si limitava a rinviare all'art. 186 c. 2 solo per quanto riguardava il trattamento sanzionatorio¹⁹⁹ – unicamente con il decreto legge n. 111/2007, convertito con modificazioni nella legge 2 ottobre 2007, n. 160, si chiariva in modo definitivo che la competenza a giudicare anche di questo reato apparteneva al tribunale in composizione monocratica (art. 187 c. 1-ter).²⁰⁰

¹⁹⁸ Cass., sez. IV, 27 novembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470. Cfr. sul punto A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 312 s.; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 108 s.; S. DOVERE, *Oblazione: applicabilità anche ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470 ss.

¹⁹⁹ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 103.

²⁰⁰ In una prima ben nota sentenza (Cass., 3 ottobre 2005, n. 35628, in *Il giudice di pace*, 2006, 2, 171 ss.) la Cassazione si era limitata ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 187 C.d.S., escludendo la competenza del tribunale a favore di quella del giudice di pace. La Corte, chiamata a risolvere un conflitto negativo di competenza, aveva fondato la sua affermazione su di un dato molto

In tema di conseguenze derivanti da incidente stradale, invece, i dubbi in merito ad un'eventuale sottrazione di alcuni reati colposi alla competenza penale del giudice di pace erano derivati principalmente dalla modifica delle pene edittali per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime, apportata dalla legge 21 febbraio 2006, n. 102. Tale riforma, infatti, aveva elevato le sanzioni penali per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime e, in particolare per quanto riguarda le seconde, commesse con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, aveva ridefinito la cornice edittale anche con riferimento alla pena detentiva, "dimenticando" che, con la cognizione del giudice di pace ed il già descritto meccanismo di sostituzione dell'originario quadro sanzionatorio, essa non poteva essere più irrogata.²⁰¹ Secondo taluno, quindi, la competenza in materia di lesioni aggravate, ai sensi del nuovo comma 3 dell'art. 590 c.p., doveva spettare al tribunale in composizione monocratica, quale "effetto processuale riflesso della modifica della norma penale" che aveva implicitamente abrogato le norme processuali incompatibili.²⁰²

La giurisprudenza, tuttavia, in tempi abbastanza rapidi, superava ogni dubbio, aderendo all'orientamento opposto che aveva escluso ogni indiretta modifica in materia, in forza del dato normativo rappresentato dall'immutato art. 4 del d.lgs. 274/2000, che permetteva di negare che l'inasprimento delle sanzioni avesse toccato i criteri di determinazione della competenza²⁰³ e, nel 2009, tale conclusione veniva considerata rafforzata dal dettato del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, convertito con l. 24 luglio 2008, n. 125, che

semplice: la l. 214/2003 aveva sostituito l'art. 186, introducendo al comma 2 la sopra citata frase in punto competenza e spostando la disciplina del rifiuto dell'adempimento dell'obbligo degli accertamenti dal c. 6 al c. 7. Questo aveva comportato l'eliminazione del riferimento all'art. 186 cc. 2 e 6 dal testo dell'art. 4 c. 1 lett. q del d.lgs. 274/2000, con la conseguente sottrazione del reato alla competenza del giudice di pace, a differenza di quanto era avvenuto per il novellato art. 187 cc. 7 ed 8, che richiamava l'art. 186 c. 2 esclusivamente per la parte relativa all'applicazione delle sanzioni. Successivamente (Cass., 28 marzo 2006, n. 17003, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3732), invece, la Cassazione aveva concluso per la competenza del tribunale in quanto il richiamo all'art. 186, contenuto nel comma 7 del novellato art. 187, doveva intendersi riferito sia al trattamento sanzionatorio che alla disciplina sulla competenza, al fine di evitare che interpretazioni differenziate sul regime processuale esponessero la norma a censure di costituzionalità (la nozione di "sanzioni" veniva ampliata fino a comprendere il giudice competente ad irrogarle).

²⁰¹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 27 ss.

²⁰² S. FRATUCELLO, *Quale giudice è competente per il reato di lesioni colpose gravi e gravissime, commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, n. 6, 592, il quale si sofferma anche su altri segnali, nella legge 102/2006, che deponevano per la conclusione avallata.

²⁰³ Cass., 29 novembre 2006, n. 1294, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2008, 1, 49.

trasferiva alla competenza del tribunale alcune ipotesi di lesioni colpose procurate in stato di ebbrezza da alcoolici o stupefacenti con violazione degli artt. 186 e 187 C.d.S., evidentemente presupponendo la persistenza della competenza del giudice di pace per le residue fattispecie legate ad altre violazioni della normativa sulla circolazione stradale.²⁰⁴

Successivamente, la legge 15 luglio 2009, n. 94 apportava alcune ulteriori novità importanti, introducendo, ed attribuendo alla competenza del giudice di pace, il reato contravvenzionale di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-bis d.lgs. 286/1998), punito con una pena pecuniaria singolarmente convertibile in espulsione,²⁰⁵ contestualmente alla previsione di specifiche regole procedurali volte ad aumentare la speditezza del procedimento.²⁰⁶

Nel 2011, infine, a seguito della nota sentenza El Dridi della Corte di Giustizia, risalente al 28 aprile 2011, con cui la precedente incriminazione di cui all'art. 14 c. 5-ter del d.lgs. 286/1998, di competenza del tribunale, è stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione, la competenza del giudice di pace in materia di reati concernenti l'immigrazione (e più in particolare connessi al procedimento di espulsione ed alla violazione degli ordini di lasciare il territorio dello Stato) veniva arricchita ulteriormente, con l'inserimento nell'art. 4 c. 2 d.lgs. 274/2000 della lettera s-ter.²⁰⁷

²⁰⁴ Cass., 21 maggio 2009, n. 23053, in Ced Cassazione 2009.

²⁰⁵ Molto recentemente, con la sentenza 6 dicembre 2012, della Corte di giustizia UE, I sezione, Sagor (causa C-430/11), è stato stabilito che se la direttiva rimpatri non osta a che il provvedimento di espulsione possa essere adottato anche dal giudice penale, il giudice italiano non può avvalersi della facoltà di sostituire la pena pecuniaria con la misura dell'espulsione ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 286/2012 allorché il caso non rientri in quelli eccezionali previsti dall'art. 7 § 4 della direttiva, e non vi sia - in particolare - pericolo di fuga dello straniero (§ 48 della sentenza). Cfr. la sentenza in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

²⁰⁶ P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc. (Speciale Immigrazione)*, 2009, 5 ss., parla di accertamento giurisdizionale del reato "scaricato sul giudice di pace". Secondo la disciplina delineata dai nuovi artt. 20-bis e ter d.lgs. 274/2000, il rito è scandito da ritmi rapidissimi: se il reato è procedibile d'ufficio, in caso di flagranza ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace; salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace; se, invece, ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula richiesta di citazione contestuale per l'udienza ed il pubblico ministero rinvia l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace.

²⁰⁷ La sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) è consultabile in <http://www.penalecontemporaneo.it>. A seguito del D.L. 23 giugno 2011, n. 89, la competenza del giudice di pace è estesa anche ai reati di cui all'articolo 13, comma 5.2 ed all'articolo 14, commi 1-

Senza poter spendere, nell'economia del presente lavoro, molte considerazioni sul punto, possiamo almeno rilevare come, già ad un primo sguardo, queste nuove competenze siano molto distanti dai principi ispiratori della giurisdizione di pace.²⁰⁸

Si ha la netta sensazione di trovarsi di fronte ad una disciplina avulsa dal contesto “conciliativo” in cui è inserita, funzionale esclusivamente a finalità deflative. Si ha la sensazione di una contaminazione del modello che si aggiunge a quella di cui si è già parlato analizzando soprattutto i reati della legislazione complementare attribuiti alla competenza del giudice di pace.

Si ha forse più della sensazione, quasi la certezza, infine, che la giurisdizione di pace sia intesa ora come giurisdizione da soccorrere, ora di soccorso, secondo una visione che “non giova al rodaggio e alla progressiva stabilizzazione del sistema varato dal d.lgs. 274/2000.”²⁰⁹

3. *La conciliazione e la mediazione*

Per quanto riguarda la mediazione penale, ad oggi manca del tutto nel nostro ordinamento – orientato, nei termini già tratteggiati, al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – una compiuta disciplina normativa *ad hoc*.

Com'è noto, le prime esperienze di mediazione si sono imposte, nella prassi, anche come reazione ad una eccessiva marginalizzazione della persona offesa, solo grazie ad una certa flessibilità del procedimento penale minorile delineato dal D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, entro il quale – nel contesto di una procedura funzionalizzata prevalentemente alle esigenze educative del minore²¹⁰ e che rappresenta un terreno fertile per la sperimentazione “anche in vista della modernizzazione del diritto penale degli adulti”²¹¹ – gli operatori hanno ritagliato

bis, 5-ter e 5-quater, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

²⁰⁸ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 15.

²⁰⁹ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 103.

²¹⁰ G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 26.

²¹¹ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 145.

degli spazi per l'applicazione della mediazione anche senza un preciso riferimento ad essa. Sono stati così valorizzati l'art. 9, che disciplina, nella fase pre-processuale, gli accertamenti da condurre sulla personalità del minorenne, estesi fino a comprendere una procedura riparativa, e che potrebbero portare, sulla scorta degli elementi di valutazione acquisiti, ad una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto anche dopo l'esercizio dell'azione penale, e, successivamente al rinvio a giudizio, soprattutto l'art. 28, che riguarda la sospensione del processo con messa alla prova, entro la quale, in vista dell'estinzione del reato, la mediazione si configura come una particolare modalità di trattamento orientata in prospettiva special-preventiva, in quanto il giudice, nell'ambito del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili, può impartire prescrizioni "dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato."²¹²

Per quanto riguarda il processo penale degli adulti, invece, le esperienze pratiche non hanno preceduto gli interventi normativi. Si è attesa la riforma del giudice di pace prima di iniziare a parlare concretamente di mediazione penale, anche se proprio tale normativa, che l'ha riconosciuta formalmente, si presenta sul punto poco coraggiosa ed offre unicamente una forma embrionale di regolamentazione della materia.²¹³

²¹² S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 217; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 42 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1010; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 953; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 256; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 296; F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 194 ss.; M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 17; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 122 ss.; M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 210 s.; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, 130 ss.; ID., *La giustizia senza spada*, cit., 254 ss. L'Autrice (p. 274) sottolinea come la giurisprudenza sia unanime nel richiedere l'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato, per poter addivenire alla sospensione del processo con messa alla prova. Per un'analisi dell'istituto cfr. anche S. LARIZZA, *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 97 ss.

²¹³ Prima di questa riforma, come vedremo, erano stati previsti, nel codice di procedura penale, unicamente dei tentativi di conciliazione, condotti dal p.m. o dal giudice, nonché, come rileva G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 21, il compito di composizione bonaria dei conflitti disciplinato dal T.U.L.P.S. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in capo all'autorità di pubblica sicurezza, per mezzo dei suoi ufficiali ed a richiesta delle parti. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 302.

3.1 *Precisazioni terminologiche*

Abbiamo già dedicato, nel presente lavoro, un certo spazio ai profili definatori, evidenziando come la nozione di giustizia riparativa sia ampiamente dibattuta e come, in alcune fonti normative sovranazionali, quali, in particolare, la Risoluzione ONU del 2002, si tenda a distinguere tra processi ed esiti riparativi.

La mediazione penale è, senza dubbio, la forma più diffusa e studiata di processo riparativo. Non solo – come la Direttiva 2012/29/UE sulle vittime di reato pare confermare – si tende frequentemente ad identificarla con la *restorative justice* stessa, ma in ambito europeo, dove i modelli di giustizia riparativa sono quasi esclusivamente riferibili alla mediazione,²¹⁴ essa è stata espressamente disciplinata nella Raccomandazione N. R (99) 19 e nelle “*Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale*”, risalenti al 2007, della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia.

Abbiamo già analizzato le caratteristiche del mediatore, definendolo come un soggetto terzo, indipendente e qualificato, ma privo di potere e quindi diverso dai soggetti tradizionali del processo penale: dal pubblico ministero e dal giudice.²¹⁵ La mediazione deve consentire infatti il realizzarsi di un vero spazio di confronto, distante dalle aule e dalle autorità giudiziarie, in modo tale da evitare del tutto che eventuali elementi fattuali emergenti dal dialogo giungano a conoscenza di queste ultime.²¹⁶

La nozione di “conciliazione” è molto più vaga e poco indagata in ambito penale, potendosi, in qualche modo, identificare con un’intesa, valorizzata appunto soprattutto in sede civile, che promuove di norma lo stesso organo giudicante all’interno del giudizio, “rinunciando ad una qualità discorsiva “inquisitoria” per

²¹⁴ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 90, nt. 17.

²¹⁵ Si rinvia sul punto al capitolo 2 del presente lavoro. Cfr., altresì, V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 366 s.

²¹⁶ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 61.

favorire, viceversa, il dialogo fra le parti”,²¹⁷ con i limiti – sotto il profilo del grado di approfondimento del conflitto in chiave facilitativa – che tuttavia gli derivano dalla sua peculiare posizione.²¹⁸ Secondo una certa dottrina, invece, più attenta alla declinazione penalistica dei termini, la conciliazione penale si potrebbe definire come una mera finalità, diversa dalla mediazione che rappresenterebbe la modalità privilegiata di raggiungimento di quello scopo.²¹⁹

La sostanza non muta di molto, perché in entrambe le ipotesi è la nozione di mediazione, più precisa e caratterizzata, a fare la differenza.

Di tentativo di conciliazione, per esempio, si parla, a partire dalla riforma di cui alla legge 16 dicembre 1999, n. 479, nel rito davanti al tribunale in composizione monocratica, nell’ambito dell’udienza di comparizione (art. 555 c. 3 c.p.p.), così come si parlava di esso nel processo pretorile, dove, tuttavia, era stabilito che vi provvedesse direttamente il pubblico ministero nella fase in cui, dovendo acquisire elementi anche a favore dell’indagato, non aveva ancora assunto propriamente la qualità di parte.²²⁰ Nel procedimento conciliativo davanti al tribunale, in ogni caso, è espressamente previsto che il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, si limiti formalmente, anche se in via obbligatoria, a verificare se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione.²²¹

Qualcuno potrebbe forse ritenere che la conciliazione (o, più precisamente, il tentativo di conciliazione condotto dal giudice) sia riconducibile, in qualche modo, nell’ambito della giustizia riparativa, come forma di processo in cui “la vittima, il reo

²¹⁷ G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 15.

²¹⁸ Sempre G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 6, definisce la conciliazione come un fenomeno, conosciuto soprattutto nel diritto privato, che rinvia ad una vasta gamma di istituti: la conciliazione giudiziale (cui ci si riferisce nel testo principale) e le forme di conciliazione esterna al processo, su base contrattuale (transazione ed arbitrato).

²¹⁹ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 55; D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello “autoritario”: affresco idilliaco o strada percorribile?*, in *Indice Pen.*, 2007, 488.

²²⁰ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit. 34. Cfr. anche E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 274; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 473; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 115; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 361; G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 22.

²²¹ E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257. Non è previsto che si possa procedere ad un rinvio dell’udienza, né avvalersi dell’attività dei centri di mediazione: G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 107.

(e, dove è opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità che abbia subito le conseguenze di un reato) partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte, con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore" (ECOSOC Resolution 2002/12).²²² Tuttavia, la presenza al confronto, anche se composta, di colui che sarà chiamato a decidere, o comunque, ancora più in generale, di chiunque rivesta un ruolo autoritativo all'interno del procedimento giudiziario suscita molti interrogativi sulla compatibilità con i principi. Stando alle fonti sovranazionali già esaminate, poi, l'alterità tra il facilitatore (o il terzo imparziale che deve gestire la procedura) e l'autorità giudiziaria costituisce una sorta di presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo.²²³

Se si può affermare a chiare lettere che una conciliazione condotta dal giudice non può essere qualificata come mediazione,²²⁴ appare utile rilevare come il legislatore italiano – che in altri punti è parso alla dottrina meno preciso per la necessità di fare tutto in poco tempo, fino a generare un prodotto normativo spesso linguisticamente impreciso²²⁵ – abbia colto una certa differenza tra la conciliazione e la mediazione o, quanto meno, l'assoluta peculiarità del ruolo del mediatore, quando ha elaborato la riforma di cui si discute. Nel testo del d.lgs. 274/2000 possiamo notare infatti come il ruolo di facilitatore della conciliazione sia affidato al giudice, mentre quello di mediatore sia affidato a strutture e centri esterni, anche se i confini tra la funzione di conciliazione e quella di mediazione rimangono tracciati in modo poco netto e può dirsi mancante una esatta consapevolezza circa il ruolo della mediazione nel perseguimento della finalità conciliativa.²²⁶

²²² Non molto diversa è, sul punto, la definizione contenuta nella direttiva.

²²³ G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss. Basti considerare che proprio nella ECOSOC Resolution 2002/12, all'art. 21, si richiede che vengano instaurate consultazioni regolari tra le autorità giudiziarie ed i soggetti deputati alla gestione delle procedure riparative (diversi quindi dalle prime!) per sviluppare un comune sentire e garantire l'effettività dei processi e degli esiti riparativi. Così, nella citata nuova direttiva 2012/29/UE, sulla protezione delle vittime di reato, fin dall'art. 1, i contatti con i servizi di giustizia riparativa sono distinti dai contatti che ha la vittima con le autorità operanti nell'ambito del procedimento penale. Cfr. altresì L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 140

²²⁴ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 306.

²²⁵ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

²²⁶ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 140 s.; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 20.

Una netta confusione è invece rinvenibile nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, dove si parla erroneamente, in più punti, di giudice di pace come mediatore.²²⁷

3.2 *Disciplina della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace: criticità*

Il legislatore, nel fissare i principi generali del rito davanti al giudice di pace, ha inteso metterne da subito in risalto il tratto caratteristico: “quello di una disciplina processuale orientata, in senso finalistico, verso soluzioni conciliative e, quindi, non conflittuali, della controversia”.²²⁸

Abbiamo già ricordato come l’affermazione di cui all’art. 2 c. 2 d.lgs. 274/2000 abbia il carattere di un indirizzo generale, leggermente temperato solo dall’inciso “per quanto possibile”, che tuttavia ha una valenza non trascurabile.

La conciliazione nel corso dell’intero procedimento non può mai considerarsi, infatti, un obiettivo imprescindibile, in quanto la praticabilità di percorsi riparativi è comunque subordinata alla disponibilità delle parti di darvi corso.²²⁹ Il giudice di pace deve sempre valutare l’ipotesi conciliativa, tentando l’avvicinamento di imputato e persona offesa, ma non può imporla: si ritrarrà nel caso in cui manchi del tutto la loro disponibilità.

Esaminando più in dettaglio la disciplina in tema di conciliazione/mediazione offerta dalla riforma del giudice di pace, possiamo evidenziare come il momento principe, deputato al componimento del conflitto, sia stato individuato nell’udienza di comparizione, di cui all’art. 29 del d.lgs. 274/2000.²³⁰ Il tentativo di conciliazione

²²⁷ La Relazione di accompagnamento, ad esempio, parla di “ruolo attivo, di *mediatore*, del giudice di pace” (Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2), di “microcosmo conciliativo-punitivo del giudice di pace, istituzionalmente destinatario delle domande di giustizia dei privati in qualità di organo di *mediazione*, di composizione e di risoluzione dei microconflitti sociali” (Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6). Cfr. sul punto anche G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 43.

²²⁸ D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 13.

²²⁹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 231.

²³⁰ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 269; E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42.

qui delineato, con una certa articolazione,²³¹ per i reati perseguibili a querela, è doveroso e tutt'altro che formale.²³²

Con riferimento al primo aspetto (doverosità del tentativo), come ha chiarito la Cassazione, l'intransigenza è tuttavia coerentemente più apparente che reale. La previsione di cui all'art. 29 c. 4 non può sfuggire alla discrezionalità del giudice - il quale è chiamato a promuovere la conciliazione "solo quando lo ritenga possibile" - ed infatti, per tale ragione, essa è priva di sanzione in ipotesi di violazione. Così, qualora il querelante non compaia o non dia segni di disponibilità alla conciliazione ed in analoga situazione versi il querelato, il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non può essere censurato, anche perchè "in caso contrario, si attribuirebbe alla norma una funzione dilatoria, inconciliabile con il principio di economia processuale che la ispira".²³³ A prescindere dal richiamo finale a principi di economia - che si può solo parzialmente condividere per quanto già descritto - la conclusione della giurisprudenza era prevedibile alla luce dei principi generali.

Quanto al secondo profilo (non formalità del tentativo), l'art. 29 prevede che, durante l'udienza di comparizione, il giudice di pace - verificata la regolarità delle notificazioni e costituite le parti - sia chiamato a *promuovere* la conciliazione, in tutti i casi di reati perseguibili a querela. Il suo ruolo è stato definito "*proattivo* nel perseguimento di quel fine e non semplicemente *reattivo*, di mera presa d'atto delle conciliazioni intervenute tra le parti".²³⁴

A tale scopo, "qualora sia utile", il giudice può disporre, anche d'ufficio, un rinvio dell'udienza per un periodo non superiore a due mesi (termine ordinatorio),²³⁵ all'interno del quale le parti possono meglio riflettere anche sulle proposte formulate in udienza in vista di un eventuale accordo, condurre contatti extraprocessuali o anche semplicemente capire se sono o meno disposte a mediare il loro conflitto.²³⁶

²³¹ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257.

²³² Cfr. G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 114.

²³³ Cass., 6 dicembre 2004, n. 4002, in Ced Cassazione 2005.

²³⁴ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 55.

²³⁵ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 215; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 257.

²³⁶ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 138 s.; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 274 s.; V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 364; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 70.

In questo spazio, “ove occorra”, il giudice di pace può poi ricorrere all’attività di mediazione svolta da centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio.²³⁷

Per la prima volta, grazie a questa norma, è stata così riconosciuta in modo formale all’interno dell’ordinamento italiano la “mediazione penale”, “il più significativo strumento di attuazione della funzione conciliativa”,²³⁸ collocando espressamente le relative pratiche in una precisa fase del procedimento.²³⁹ Come è stato affermato, si sono aperte “le porte del processo all’intervento di organismi dotati di maggiore “prossimità” sociale alle posizioni dei soggetti coinvolti e di una peculiare specializzazione nell’affrontare la tipologia di conflitto”.²⁴⁰

Al di là dei già affrontati profili definitivi, in termini più generali, la dottrina ha spesso, condivisibilmente, posto l’accento sull’assoluta incompatibilità tra l’atto del decidere e quello del facilitare il raggiungimento di una composizione: se il giudice di pace è chiamato a favorire questo esito, non dovrebbe essere lui a processare e sanzionare.²⁴¹ La soluzione che il legislatore italiano ha fatto propria è però chiaramente diversa, prevedendo in capo a tale organo giudicante – nonostante lo svolgimento di un’udienza pubblica – un compito propositivo, di stimolo della soluzione compositiva,²⁴² disciplinando solo come facoltativo l’invio del caso in mediazione ed introducendo nell’art. 29 unicamente il divieto di utilizzare ai fini della deliberazione le dichiarazioni rese durante la procedura di conciliazione (che

²³⁷ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 289; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 472; E. GALLUCCI, *Giudizio*, cit., 42; K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. La prospettiva tedesca*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, cit., 15.; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 65.

²³⁸ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 251.

²³⁹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 232; L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 139; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 85; V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 60. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 51, parla di prima ed unica formalizzazione normativa della mediazione penale.

²⁴⁰ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XV.

²⁴¹ M. BOUCHARD, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione*, cit., 30; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 240; L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 140. Sul punto si esprimeva criticamente già S. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, cit., 28.

²⁴² E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 289; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 208. L’Autrice sottolinea la differente formulazione di questo articolo rispetto all’art. 555 c.p.p., ove il tentativo di conciliazione si risolve in una presa d’atto della volontà dei soggetti coinvolti.

quindi non potranno confluire nel materiale probatorio ed essere utilizzate ai fini decisori, neppure attraverso il meccanismo delle contestazioni).²⁴³

Questa soluzione, considerata da taluno comunque preferibile rispetto alla scelta di attribuire la veste di mediatore al pubblico ministero,²⁴⁴ non è convincente: anche a prescindere dalle discussioni sorte sulla necessità, da escludere, di verbalizzare le dichiarazioni rese in questa fase,²⁴⁵ è difficile ritenere che il giudice di pace non sarà minimamente influenzato, nella successiva celebrazione del processo, da un'eventuale ammissione di colpevolezza, da dichiarazioni rese informalmente, o anche solo da un atteggiamento aggressivo o poco collaborativo, manifestato da una parte durante un tentativo di conciliazione con esito negativo.²⁴⁶ Anche se sembrano mancare i presupposti per far ritenere che l'attività conciliativa del giudice generi profili di formale incompatibilità per il successivo giudizio,²⁴⁷ solo se il giudicante – che comunque, alla fine, è chiamato a decidere “anche a costo di ulteriori lacerazioni”²⁴⁸ – riesce a non mescolare la propria funzione con quella di un vero e proprio mediatore, non sarà pregiudicato nella sua capacità valutativa e manterrà più facilmente una giusta distanza dalle parti, nel momento in cui andrà a decidere sul merito della regiodicanda.²⁴⁹

²⁴³ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 366; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1009; G. AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, cit., 115; C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 216; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 307.

²⁴⁴ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 260.

²⁴⁵ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 216, nt. 167, ritiene, criticabilmente, necessaria la verbalizzazione, perché altrimenti non avrebbe alcun senso il divieto di utilizzazione di quelle dichiarazioni ai fini della successiva deliberazione.

²⁴⁶ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 241; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 262; L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 275 s. P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, cit., 930, sottolinea come possa sorgere qualche preoccupazione, se il magistrato non si è impegnato in modo equilibrato.

²⁴⁷ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 45 s. evidenzia come le cause di incompatibilità siano tassative e come la giurisprudenza sia orientata nel senso che non può verificarsi incompatibilità all'interno della medesima fase processuale.

²⁴⁸ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

²⁴⁹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 369; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 65; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 44; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311; K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. La prospettiva tedesca*, cit., 16; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 128; ID., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia*

Allo stesso tempo, secondo taluno, con un giudice-mediatore, pur se le probabilità di successo potrebbero essere apparentemente più elevate per l'autorevolezza della figura coinvolta,²⁵⁰ la consapevolezza dell'imputato e della persona offesa di trovarsi di fronte a chi dovrà eventualmente accertare la responsabilità penale non potrà che rappresentare un ostacolo alla manifestazione di una disponibilità conciliativa sincera ed effettiva.²⁵¹ L'imputato, in particolare, di rado accetterà di riconoscere, seppure nelle linee essenziali, i fatti a lui contestati e si aprirà ad un dialogo proficuo.²⁵²

Un punto di equilibrio sul ruolo del giudice può essere tuttavia cercato in via interpretativa, con una soluzione compromissoria. Essendo per il giudice di pace obbligatorio esperire il tentativo di conciliazione, egli può dirsi tenuto a verificare sempre il possibile raggiungimento di un accordo tra le parti in vista della remissione della querela. Qualora tuttavia diventi necessario svolgere approfondimenti sul contenuto o sulle origini del conflitto,²⁵³ o la conciliazione appaia ostacolata da una difficoltà di dialogo tra le parti, dovrà fermarsi, aprendo le porte, dove materialmente possibile, alla mediazione penale vera e propria ("e pertanto *extragiudiziale*").²⁵⁴ Il giudice dovrebbe ricordare che tale strumento, anche in funzione preventiva,²⁵⁵ può essere più efficace nel gestire il conflitto in luoghi riservati, fuori dalle aule giudiziarie, da un'udienza pubblica²⁵⁶ - con l'ascolto,

riparativa, cit., 192. Una certa imprecisione nei termini utilizzati (giudice come mediatore del conflitto), in qualche modo facilitata da questa normativa, si riscontra anche in parte della dottrina: M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 60; A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 206.

²⁵⁰ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 368.

²⁵¹ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 208; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311.

²⁵² G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 307.

²⁵³ L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 65. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 72 ritiene che il giudice possa gestire direttamente la conciliazione, se tale finalità è assorbita completamente da esigenze risarcitorie.

²⁵⁴ L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 66.

²⁵⁵ A. PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, cit., 209.

²⁵⁶ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 44. V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 258 riterrebbe comunque preferibile l'istituzione di un'udienza camerale, per lo svolgimento dell'attività conciliativa.

l'espressione dei vissuti e delle emozioni, "il dedicarsi alle persone coinvolte"²⁵⁷ - e quindi nel ricomporlo fin dalle radici con soluzioni riparative.

La mediazione, in conclusione, nelle mani di una persona che ha competenze professionali specifiche, utili a favorire la comunicazione ed il raggiungimento di un accordo che sia mutualmente condiviso, dovrebbe qualificarsi come il "procedimento conciliativo naturale",²⁵⁸ mentre l'udienza, anche per ragioni di maggior efficienza, dovrebbe rappresentare solo un momento di eventuale formalizzazione degli effetti della composizione del conflitto.

In merito alla scelta delle parti, alla luce delle indicazioni elaborate a livello sovranazionale – per quanto riguarda la vittima, anche in seno alla recentissima direttiva UE – e, comunque, in considerazione della natura stessa dei percorsi mediativi, deve considerarsi pacifico, ancorchè non espressamente previsto, che l'accesso ad essi sia libero e volontario,²⁵⁹ con preclusione di ogni forma di coercizione, pressione, ricatto.²⁶⁰ Qualora il dissenso sia manifestato solo nel corso della procedura, questa dovrà essere interrotta.

Come anticipato, l'art. 29 si riferisce espressamente, per il tentativo obbligatorio di conciliazione, solo ai reati perseguibili a querela. A tale riguardo, non è secondario evidenziare come la legge delega n. 468 del 1999 auspicasse un aumento del numero di reati procedibili a querela di parte – con l'inserimento dell'estensione della perseguibilità a querela tra i principi ed i criteri direttivi del procedimento penale davanti al giudice di pace (art. 17 lett. a) – e come, comunque, essa non circoscrivesse l'operatività della mediazione ai soli procedimenti per reati perseguibili a querela di parte (art. 17 lett. g, prevedendo un tentativo di conciliazione sugli aspetti riparatori e risarcitori conseguenti al reato).²⁶¹

Nonostante il tenore dell'art. 29, una parte della dottrina ha così evidenziato – soprattutto per ragioni "simboliche", in considerazione del limite logico

²⁵⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 125.

²⁵⁸ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 72. Così G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 82.

²⁵⁹ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 62. Cfr. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 108 ss.

²⁶⁰ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 363.

²⁶¹ A. GIARDA, *Principi e regole del "procedimento"*, cit., 81. Sul secondo aspetto, cfr. E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 274.

rappresentato comunque dalla necessaria esclusione dei reati volti a tutelare interessi sovraindividuali, “per i quali non è identificabile una singola persona offesa con la quale instaurare questo rapporto conciliativo”²⁶² – come non si debba limitare il percorso conciliativo e mediativo ai reati perseguibili a querela di parte, in vista di una sua possibile remissione.²⁶³

Si coglie infatti una contraddizione tra l’art. 2 e l’art. 29 c. 4 d.lgs. 274/2000, in quanto il primo non si riferisce solo ai reati perseguibili a querela, né circoscrive l’obbligo conciliativo ad un dato momento processuale.

Il principio di conciliazione delineato dall’art. 2, costituendo il “connotato fondamentale della nuova giurisdizione”²⁶⁴ ed essendo riferibile a tutte le attività esperite nel corso del procedimento,²⁶⁵ può sollecitare un intervento del giudice nella prospettiva della composizione del conflitto anche fuori dai limiti tracciati dall’art. 29, sia sotto il profilo dei reati coinvolti che, addirittura, sotto quello temporale.

Se, con la procedibilità a querela, il problema dei riflessi processuali dell’esito è risolto perché (in ipotesi di riuscita del tentativo) viene semplicemente redatto processo verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all’articolo 21 e la relativa accettazione – essendo devoluti all’offeso i più ampi poteri in ordine alla gestione del processo – non si devono sottovalutare le ulteriori potenzialità del principio.²⁶⁶

La mediazione può essere valorizzata in vista dell’applicazione dell’art. 34, l’esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, nel tentativo di superare la contraria volontà della persona offesa, tacitando il suo bisogno di tutela e

²⁶² V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 358. V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 258 parla di “soggetto-persona fisica offeso dal reato”, evidenziando come appaia poco vicino alla struttura ed alle finalità della mediazione ipotizzarne l’applicabilità per quelle ipotesi in cui il soggetto titolare dell’interesse offeso dal reato sia una persona giuridica, soprattutto se pubblica. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 321 ss., individua le fattispecie mediabili nell’ambito di questo sistema distinguendo tre gruppi: i delitti contro l’onore, i delitti offensivi di interessi individuali disponibili e quelli offensivi di interessi personali indisponibili.

²⁶³ Cfr. E. MARZADURI, *L’attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, cit., 11; ID., *Giudizio di primo grado*, cit., 290; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 74. *Contra*, però, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 232.

²⁶⁴ D. MANZIONE, *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 34.

²⁶⁵ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 363.

²⁶⁶ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 259; C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 69 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 313.

riempiendo, con l'incontro di mediazione, "l'apparente vuoto di giustizia".²⁶⁷ Come è stato addirittura affermato, solo in caso di fallimento della pratica di mediazione attivata presso centri o strutture esterne, si potrà negare la pronuncia *ex art. 34*, in presenza di tutti i presupposti che caratterizzano il fatto come di *particolare tenuità*.²⁶⁸

Nonostante qualcuno abbia pensato ad una almeno parziale eterogeneità di funzioni svolte dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, rispetto alla mediazione,²⁶⁹ quest'ultima, in relazione al primo istituto, può stimolare il superamento dell'ancoraggio ai profili meramente materiali della vicenda, mettere in luce gli sforzi di pacificazione del reo e sollecitare le condotte riparatorie rilevanti per l'estinzione del reato, anche a prescindere dall'atteggiamento della persona offesa, quando esse siano congrue.²⁷⁰ In questo senso la mediazione può contribuire ad escludere l'eventualità che la riparazione si inserisca solo all'interno di un rapporto privatistico tra vittima e reo²⁷¹ e, anche se può apparire paradossale, può stimolare una forma fattiva di composizione del conflitto, da riconoscersi (se necessario) anche coattivamente, di fronte ad una persistente ed ingiustificata volontà punitiva della stessa vittima.

Quanto ai limiti temporali per promuovere la composizione del conflitto, la disposizione di cui all'art. 2, che dilata gli angusti confini tracciati dall'art. 29, è perfettamente coerente con le direttive sovranazionali, che prevedono che la mediazione sia praticabile in ogni fase del procedimento penale (§4 Racc.). Sarebbe opportuno, allora, valorizzare tale indicazione al fine di anticipare il più possibile la procedura riparativa, affinché essa intervenga "in una fase quanto più prossima alla commissione del reato, non ancora "contaminata" dalla logica del processo, quando

²⁶⁷ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 129; L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 145. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 57, 75.

²⁶⁸ Così L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 68 s.

²⁶⁹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182 afferma che le condotte riparatorie non avrebbero una *ratio* conciliativa. Cfr. anche G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 319.

²⁷⁰ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 75; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 320. Cfr. anche M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 270.

²⁷¹ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 235; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 130; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 325.

non sono stati ancora incardinati i presupposti per una risoluzione autoritativa del caso”.²⁷² Come è stata evidenziato, per esempio, potrebbe ben essere la stessa polizia giudiziaria – presso la quale viene presentata la querela – o il pubblico ministero ad invitare le parti ad andare presso un centro di mediazione o, quanto meno, a fornire loro tutte le informazioni utili per un percorso riparatorio.²⁷³

Un profilo assai problematico sul fronte delle garanzie attiene, da ultimo, al rapporto tra il principio conciliativo e la già citata tematica del riconoscimento dei fatti rilevanti, quale presupposto per la mediazione. La questione è particolarmente attuale, se si considerano le indicazioni della recente direttiva 2012/29/UE, sulla tutela delle vittime di reato (ai sensi dell’art. 12, infatti, è necessario che l’autore abbia riconosciuto “i fatti essenziali del caso”).

L’art. 29 non prevede nulla al riguardo ed il problema può essere allora adeguatamente affrontato ricorrendo, ancora una volta, alle linee guida sovranazionali. Esclusa in generale la necessità di un previo riconoscimento di responsabilità in senso tecnico da parte dell’imputato, ed escluso, alla luce di un ruolo di stimolo auspicabilmente contenuto dell’autorità giudicante, che il giudice di pace debba procedere ad accertamenti in tal senso nell’ipotesi in cui conduca da solo il tentativo di conciliazione, il riconoscimento dei fatti principali o, almeno, una mancata contestazione degli stessi, può considerarsi una condizione di fattibilità della mediazione, che non necessariamente il giudice, ma piuttosto il singolo mediatore dovrà autonomamente accertare all’inizio della procedura riparativa, sempre che già in udienza l’imputato non si opponga ad essa.²⁷⁴ I mediatori, infatti, sono innanzitutto

²⁷² V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360

²⁷³ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 67 s., il quale si sofferma tuttavia sulle possibili ricadute negative di tale scelta sul piano delle garanzie, in ipotesi di esito negativo della mediazione. Cfr. anche C. TARFUSSER, *Scelte di politica giudiziaria nella formulazione delle imputazioni da parte della pubblica accusa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 39; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 58; E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 39; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 311 s.

²⁷⁴ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 365, si sofferma su questa problematica. Come rileva G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 40, se le parti sono in disaccordo sulla credenza del fatto, la mediazione si rivela uno strumento improprio, inadatto a risolvere il conflitto. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 315 s. sottolinea l’importanza di evitare il coinvolgimento di soggetti estranei ai fatti. Anche F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 195 distingue le affermazioni rese davanti ai servizi da quelle rese davanti all’autorità giudiziaria. Solo le prime rilevrebbero per il giudizio da

chiamati a verificare la praticabilità del programma, contattando le parti ed illustrando loro dettagliatamente la sua natura e finalità, il suo carattere confidenziale, nonché gli esiti di natura processuale che esso può comportare.²⁷⁵

Quello che deve rimanere fermo, in ogni caso, è il principio per il quale la disponibilità dell'imputato ad esplorare le possibilità conciliative non può essere interpretato come tacita ammissione di responsabilità (§ 14 Racc.; 8 Principi Base).²⁷⁶

3.3 I facilitatori della mediazione

La peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace è evidente se si considera il possibile intervento di tecnici (soggetti specializzati nel favorire il raggiungimento di una soluzione conciliativa), attraverso la mediazione: trattasi di “centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio” (e quindi non di privati cittadini o liberi professionisti).²⁷⁷

Nella legge non si rinvencono altri riferimenti a questi collaboratori, che pur dovrebbero rivestire un ruolo fondamentale nell'ambito di un giudizio di pace,²⁷⁸ e se il *self-restraint* potrebbe forse giustificarsi con la volontà del legislatore di rispettare l'autonomia delle pratiche mediative, molto più concretamente e plausibilmente non si può escludere che il richiamo generico e frettoloso a tali enti, contenuto nell'art. 29, sia dovuto solo ad una perdurante diffidenza – o almeno “carente familiarità”²⁷⁹ – nei confronti delle strutture mediative di cui il giudice di pace potrebbe e dovrebbe avvalersi proficuamente.

Quanto alla disciplina, possiamo trovare solo un'utile indicazione nel codice di procedura penale. Ferma la già citata inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti ai fini della deliberazione, trattandosi i mediatori di ausiliari del giudice, anche a prescindere dalle garanzie di riservatezza di fonte sovranazionale, essi non possono essere assunti come testimoni nell'eventuale prosieguo del processo (art. 197 c.p.p.).

svolgere in merito all'opportunità di dare corso alla mediazione ed ogni dichiarazione resa in quella sede sarebbe sottratta alla disponibilità del magistrato.

²⁷⁵ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 372.

²⁷⁶ E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 41.

²⁷⁷ R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 85; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

²⁷⁸ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, cit., 261.

²⁷⁹ R. ORLANDI, *I soggetti*, cit., 86.

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, però, sulla scorta delle linee guida europee ed internazionali – e come è stato recentemente ribadito dalla Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che richiede dei “servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti” – è assolutamente irrinunciabile che i mediatori siano adeguatamente formati, in materie diverse, ivi comprese quelle giuridiche. A tale riguardo si richiede che essi conoscano il sistema di giustizia penale (§24 Racc.), mentre le Linee guida del CEPEJ (§§ 19 e 20) si soffermano sulla necessità di approfondire il quadro normativo di riferimento in materia.

Non vi è dubbio, infatti, che il rapporto tra due mondi originariamente molto distanti, quello dello stretto diritto da un lato e quella della mediazione dall’altro, non sia facile, ma nel momento in cui quest’ultimo si innesta nel sistema di giustizia penale è indispensabile trovare dei canali di comunicazione efficaci tra le due realtà, innanzitutto rendendo i mediatori consapevoli delle possibili conseguenze processuali di un determinato esito mediativo.²⁸⁰

Se è vero, in generale, che in questi casi il diritto penale, in qualche misura, delega la soluzione della controversia ad agenzie extragiudiziarie e, una volta esaurito il percorso con esito positivo, si riappropria del risultato “metabolizzandolo attraverso meccanismi archiviatori o estintivi del reato”,²⁸¹ la scelta del tipo di rilievo da dare all’esito dell’*iter*, di competenza del giudice, non è certo del tutto irrilevante per il mediatore che è chiamato a redigere il verbale e ad informare sul punto adeguatamente le parti coinvolte.

In ipotesi di remissione della querela la conclusione è obbligata, ma, negli altri casi, quando il querelante o il ricorrente persistano nella loro volontà punitiva anche a fronte delle condotte riparatorie dell’imputato, lo spettro delle soluzioni può essere molto ampio: estinzione del reato *ex art. 35*, particolare tenuità del fatto, attenuante,²⁸² in considerazione del fatto che non appare corretto “far ricadere

²⁸⁰ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 50, parla di un dialogo che deve avvenire comunque secondo regole e logiche giuridiche.

²⁸¹ G. MANNOZZI, *La mediazione nell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme*, cit., 25.

²⁸² Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 62.

sull'imputato le conseguenze negative derivanti da un fallimento del tentativo di mediazione non ascrivibile a sua colpa".²⁸³

Ferma la necessità di un'ampia e continua formazione dei mediatori anche in ambito giuridico, è importante che anche l'autorità giudiziaria e soprattutto il giudice di pace, se ci si riferisce al sistema delineato dal d.lgs. 274/2000, sviluppi uno sguardo esperto sulle pratiche mediative per riuscire a selezionare i fascicoli più appropriati²⁸⁴ al percorso riparativo e per leggere nell'"esito sintetico" la natura del percorso di "avvicinamento e responsabilizzazione tra le parti"²⁸⁵ che è intervenuto, traendone le necessarie conseguenze sul piano del diritto.

Se non è indispensabile che l'autorità giudiziaria fornisca ai mediatori molti elementi – a seguito di un invio, questi ultimi devono ricevere solo le informazioni utili per identificare le parti e contattarle, nonché alcuni elementi informativi per inquadrare il caso, come il capo di imputazione²⁸⁶ – può essere invece utile un aggiornamento periodico tra mediatori e giudice circa l'andamento dell'attività di mediazione/riparazione, senza entrare nel merito dei singoli casi.

Il buon esito di una procedura mediativa dipende, senza dubbio, in massima parte, dalla capacità del mediatore di fungere da "catalizzatore del conflitto per restituire il dialogo alle parti", favorendo l'acquisizione di un linguaggio comune e di una visione differente della situazione concreta senza dover ristabilire l'ordine violato per mezzo dell'applicazione di una regola²⁸⁷ e dall'apertura di nuovi canali di comunicazione tra spazi liberi dal diritto e spazi "occupati" dallo stesso, grazie ad una formazione completa ed interdisciplinare²⁸⁸ dei professionisti della mediazione e ad una rinnovata sensibilità "riparativa" dell'autorità giudiziaria in un contesto che consente deviazioni più frequenti dall'*iter* ordinario del processo.

Non vanno tuttavia dimenticati i condizionamenti esercitati sulle parti dagli avvocati. E' questo, infatti, un profilo troppo spesso sottovalutato.

²⁸³ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 373. Cfr. altresì L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 72.

²⁸⁴ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 191.

²⁸⁵ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 124.

²⁸⁶ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 217.

²⁸⁷ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 36 s.

²⁸⁸ Cfr. L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 284.

E' difficile pensare che la vittima e l'imputato accettino di intraprendere un percorso mediativo, senza l'approvazione del difensore. I legali, previamente stimolati quanto meno alla sperimentazione di tali nuove tecniche, devono essere adeguatamente informati dell'esistenza e delle modalità di funzionamento della mediazione, coinvolti nella fase preparatoria perché possano consigliare i loro clienti evidenziando i vantaggi di tali pratiche, adeguatamente tenuti al corrente dello sviluppo degli incontri, nonché interpellati nella fase negoziale dell'*iter* proprio perché possa essere garantita la redazione di un accordo conforme alle esigenze e possibilità delle parti. La formazione alla mediazione ed alla giustizia riparativa dovrebbe essere offerta fin dalle aule universitarie.

In conclusione, però, è necessario ribadire ancora una volta come la vera scommessa di questa sperimentazione si basi sul contributo irrinunciabile di mediatori "competenti". Anche se l'art. 29 nulla specifica in ordine ai requisiti di legittimazione necessari allo svolgimento dei compiti di mediazione, con il rischio letale di favorire pratiche improvvisate,²⁸⁹ la possibilità per i giudici di avvalersi di centri di mediazione ispirati alle linee guida internazionali e formati da soggetti altamente qualificati è una condizione imprescindibile per il successo delle innovative misure introdotte dalla riforma.²⁹⁰ Per garantire la correttezza e professionalità del mediatore è quindi giunto il momento di vincolarlo al rispetto di un codice deontologico e, sull'esempio della Francia, ad una procedura di abilitazione disciplinata legislativamente.²⁹¹

Pur nella difficoltà di reperire informazioni compiute sulla mediazione penale in Italia, mancando del tutto un sistema di monitoraggio di tali pratiche su scala nazionale, il quadro concernente il settore degli adulti che si mostra ad uno sguardo disincantato, è veramente scoraggiante, salvo qualche limitata eccezione, come quella della Regione Trentino-Alto Adige, in cui esiste, a partire dal 1 giugno 2004, l'unico centro pubblico che opera continuativamente, anche con personale

²⁸⁹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 370; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 59.

²⁹⁰ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, cit., 130. Cfr. anche L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 66.

²⁹¹ Cfr. V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 371.

dipendente, per supportare l'attività dei giudici di pace.²⁹² A livello italiano, le esperienze, ancorchè sostanzialmente positive, sono rarissime e prive di adeguati fondi e supporti.²⁹³ Né la legge del giudice di pace, né leggi successive, hanno infatti considerato di predisporre strutture idonee, dotate di risorse adeguate e composte da personale qualificato per svolgere tali compiti.²⁹⁴ Fino ad oggi la mediazione penale fuori dall'ambito minorile è apparsa, troppo spesso, più salvificamente invocata che praticata, con il pericolosissimo effetto di lasciare ai giudici di pace, “necessariamente” e senza alcun limite chiaro, la gestione esclusiva del tentativo di conciliazione.

4. Le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato (art. 35 d.lgs. 274/2000)

L'art. 35 d.lgs. 274/2000 dà attuazione all'art. 17, lett. h, l. 24 novembre 1999 n. 468, disposizione che, nel fissare i principi ed i criteri direttivi del procedimento davanti al giudice di pace, ha vincolato genericamente il governo a prevedere “ipotesi di estinzione del reato conseguenti a condotte riparatorie o risarcitorie del danno”.²⁹⁵

Sebbene, forse, meno entusiasticamente accolto rispetto a quello della particolare tenuità, di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000, tale istituto è stato qualificato dalla dottrina come “una novità assoluta nel sistema penale italiano”.²⁹⁶

²⁹² Ulteriori informazioni sul centro possono essere reperite sul sito istituzionale, all'indirizzo: <http://www.regione.taa.it/giudicidipace/Mediatori.aspx>.

²⁹³ Un tanto è brevemente illustrato nel *report* a cura di R. FLOR, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>, in attesa del completamento e della pubblicazione del rapporto italiano del progetto “*Restorative Justice in Penal Matters in Europe*” finanziato dalla Commissione Europea, nell'ambito del programma “Giustizia penale” 2007-2013, sotto la guida del Prof. Dr. F. Dünkel dell'Università Ernst-Moritz-Arndt di Greifswald (Germania). Sulle esperienze in ambito minorile cfr. invece, tra gli altri, L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 302 ss.

²⁹⁴ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 140. Sul punto cfr. altresì gli auspici di L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 275. Come ricorda G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 59, è difficile realizzare un siffatto sistema fino a quando il settore giustizia sarà destinatario di risorse irrisorie.

²⁹⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173.

²⁹⁶ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 497.

Per quanto riguarda la rivelanza di questa peculiare dimensione, infatti, fino alla riforma del giudice di pace, nella parte generale del codice penale italiano non si era andati oltre il rilievo attenuante riconosciuto in ipotesi di riparazione integrale del danno, mediante il risarcimento e le restituzioni, o di spontanea ed efficace attivazione per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.²⁹⁷ Ferme poi le sanzioni civili – in quanto la riparazione, in forma specifica o per equivalente, costituisce una conseguenza giuridica tipica del fatto-reato in forza dell'art. 185 c.p. – ed un qualche significato, quale requisito per l'applicazione degli istituti, nell'ambito della disciplina della sospensione condizionale della pena e dell'oblazione discrezionale, uno spazio si apriva in sede di commisurazione della sanzione, con riferimento all'indice della capacità a delinquere del reo, manifestata dalla condotta susseguente al reato.²⁹⁸

Nel sistema del giudice di pace, però, l'effetto della riparazione è dirompente per un gruppo significativo di reati, in quanto essa può da sola, a determinate condizioni, impedire che si giunga ad una sentenza di condanna ed all'applicazione della pena.

4.1 Inquadramento sistematico dell'istituto e soglie temporali

Abbiamo già ricordato come, nonostante l'indefettibilità della risposta sanzionatoria possa, a prima vista, apparire un corollario dell'*extrema ratio*, un diritto penale che guardi oltre le istanze meramente retributive e risponda ad un modello di "sussidiarietà contemporanea" possa permettersi di rinunciare ogni tanto, a determinate condizioni, alle sue sanzioni.²⁹⁹

²⁹⁷ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 59.

²⁹⁸ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, in M. MANZIN (a cura di), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Trento, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2002, 104; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 498.

²⁹⁹ Si richiamano qui le osservazioni svolte in seno al secondo capitolo.

In questa prospettiva, anche l'istituto dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, delineato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, è stato posto in relazione proprio con il principio di sussidiarietà, operante in ambito applicativo.³⁰⁰

Tuttavia, molte incertezze sono sorte, da subito, con riferimento al corretto inquadramento sistematico dell'istituto.

Alcuni autori ritengono infatti che esso, a prescindere dalla sua letterale riconduzione alle ipotesi di estinzione del reato, debba più correttamente essere qualificato come causa, sopravvenuta, di non punibilità,³⁰¹ con considerazioni che ricordano in qualche modo quelle formulate con riferimento all'insolvenza fraudolenta per l'ipotesi di adempimento successivo dell'obbligazione, di cui all'art. 641 c.p., secondo comma.³⁰²

In dottrina si tende, infatti, a definire la causa sopravvenuta di non punibilità come una situazione che esclude la punibilità per ragioni di tutela del bene protetto, costituendo essa, in quanto tesa al "ripristino dello *status quo ante* o ad eliminare gli effetti ulteriormente lesivi del fatto realizzato, l'estremo mezzo di tutela predisposto

³⁰⁰ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 378; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, 2008, 651.

³⁰¹ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., 226, soprattutto perché vi sarebbe un accertamento di responsabilità che precede la sua dichiarazione. Così anche S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 504 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 380.

³⁰² Ritengono si tratti, nonostante la formulazione fatta propria dal legislatore, di una causa sopravvenuta di non punibilità F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 812; L. BISORI, *L'insolvenza fraudolenta*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. I delitti contro il patrimonio*. Vol. X, Torino, Utet, 2011, 646. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tomo II. I delitti contro il patrimonio*, 5° Ed., Bologna, Zanichelli, 2008, 208, parla di "causa di non punibilità speciale" poiché con questa disposizione il legislatore ha inteso salvaguardare il bene fin dove è possibile, sollecitando l'autore a realizzare l'azione per mezzo della quale può essere ottenuta la piena tutela del bene protetto. *Contra*, invece, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 359, che tuttavia colgono, come vedremo, una sostanziale identità tra le cause di non punibilità sopravvenute e le cause di estinzione del reato. In M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, vol. 3, 2012, 11, si parla di un inquadramento incoerente dell'adempimento tardivo nell'ambito delle cause di estinzione anche se è da tenere in considerazione, per una maggior precisione, che non è necessario un comportamento proprio dell'agente, essendo ammissibile anche l'adempimento di un terzo. G. LOCATELLI, *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, 5° Ed., Milano, Giuffrè, 2011, 4730 parla di "causa speciale di estinzione del reato". Considerazioni parzialmente analoghe possono essere fatte con riferimento all'art. 341 *bis* c.p. L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig.disc.pen.*, Torino, Utet, 1990, vol. IV, 343, enumera l'adempimento successivo di cui all'art. 641 c.p. tra i casi di estinzione del reato disciplinati nelle fattispecie di parte speciale.

per il caso in cui la norma incriminatrice non abbia in concreto funzionato”.³⁰³ Essa è omogenea al piano dell’offesa ed opera nel senso di impedire che la situazione di pericolo già creata si traduca nella lesione del bene giuridico³⁰⁴ o nel senso di attenuare o eliminare l’offesa operando antagonisticamente.³⁰⁵

Secondo una lettura solo parzialmente diversa, invece, se le cause di estinzione del reato sarebbero legate a ragioni di portata e di interesse generale, o comunque estranee al soggetto agente (accadimenti naturali come la morte o il decorso del tempo, o vicende giuridiche, come una legge di amnistia od un provvedimento di ammissione all’oblazione), le cause sopravvenute di non punibilità dipenderebbero da un comportamento personale dell’agente successivo al reato.³⁰⁶

L’istituto delineato dall’art. 35, quindi, sarebbe più coerentemente avvicicabile alle seconde.

Dall’altro lato, però, vi è chi più condivisibilmente precisa come sia il legislatore delegante che quello delegato si siano espressi a chiare lettere in termini di estinzione del reato ed abbiano con ciò voluto introdurre una nuova ipotesi rispetto a quelle previste dal codice penale, con conseguente applicazione delle disposizioni comuni dettate per le cause estintive.³⁰⁷

Queste, infatti, formano un insieme composito di istituti ed anche per tale ragione non appare così semplice escludere fermamente che l’art. 35 d.lgs. 274/2000 vi possa rientrare quando il legislatore si è espresso in tal senso, soprattutto tenendo conto delle conseguenze di questa qualificazione sul piano processuale.

Se non vi è dubbio alcuno sul fatto che può considerarsi linguisticamente inesatto parlare di causa “estintiva del reato”, poiché, sotto il profilo naturalistico, il reato, una volta commesso, è un dato storicamente acquisito e, comunque, non si estingue neppure come ente giuridico, perché continua a produrre alcuni effetti

³⁰³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 812.

³⁰⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 379.

³⁰⁵ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 406 s.; ID., *Diritto penale*, cit., 365.

³⁰⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 381; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 11.

³⁰⁷ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 378; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2009, 434. Così, parrebbe, anche G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 126.

(recidiva, conseguenze civili del reato),³⁰⁸ è interessante notare come non manchino in dottrina delle letture molto diverse del rapporto tra le cause di non punibilità sopravvenuta e le cause generali di estinzione del reato, attraverso l'identificazione nelle seconde di un modello di riferimento per le prime, che vi possono essere assimilate anche per gli effetti giuridici.³⁰⁹

Questa proposta interpretativa ha l'indubbio pregio di valorizzare una categoria spesso negletta – quella delle cause estintive – che il legislatore ha invece espressamente considerato nella parte generale del codice, dettandone una disciplina unitaria, e potrebbe consentire di definire anticipatamente molti procedimenti, in forza della regola dell'immediata declaratoria delle cause estintive di cui all'art. 129 c.p.p.

Appare tuttavia preferibile una lettura che rimanga comunque più aderente al dato normativo³¹⁰ e, pur partendo dalla considerazione del quadro complesso in cui si collocano gli istituti della non punibilità sopravvenuta (intesa in senso lato) e della permanente necessità di vagliarne la legittimità alla luce dei valori in gioco e dei principi del diritto penale sostanziale, evidenzi come non tutti, ma solo molti di essi siano raggruppati dal legislatore sotto l'etichetta “cause di estinzione”. Tale categoria, nonostante gli sforzi di razionalizzazione indicati, rimane disomogenea nella struttura, nel fondamento e nel modo di funzionamento e quindi difficile da ricostruire concettualmente in modo unitario,³¹¹ ma in essa si collocano pure istituti,

³⁰⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 813; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 634; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 366; A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 180.

³⁰⁹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 358 s. Del resto, secondo gli Autori, è la legge stessa che, a volte, assimila alcune ipotesi alle cause di estinzione (art. 641 c. 2 c.p.). Tale orientamento è ricordato anche da G. ZICCONI, *Le cause “sopravvenute” di non punibilità*, Milano, Giuffrè, 1975, 9.

³¹⁰ Come ricorda G. ZICCONI, *Le cause “sopravvenute” di non punibilità*, cit., 9, in questo senso si esprime anche F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffrè, 1961, 161, che riconduce le cause sopravvenute che integrano forme di ravvedimento alle cause di non punibilità, perché la legge le ha così definite espressamente, salve le ipotesi in cui il legislatore si è invece chiaramente orientato a favore dell'inquadramento nelle cause di estinzione. G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. VI, 629 s., allo stesso modo evidenzia come il concetto di cause estintive del reato sia assunto in senso tecnico e rigoroso in molte disposizioni ed è quindi difficile estendere la relativa disciplina a situazioni alle quali la legge attribuisce il diverso nome di cause di non punibilità. Quindi, nonostante la forte analogia sostanziale di molte cause sopravvenute con le cause speciali di estinzione del reato (in particolare l'art. 641 c.p.), è necessario mantenere ferma la distinzione.

³¹¹ Cfr. in questo senso, E. ANTONINI, *Contributo alla dottrina delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*. A pag. 99, l'Autrice evidenzia come le cause di estinzione siano legate ad esigenze di “opportunità, di convenienza politico-criminale, di *self restraint*”, che

come l'oblazione, che (al di là del necessario provvedimento di ammissione) dipendono da un contegno susseguente al reato che l'autore deve porre in essere e, in qualche misura, anche da condotte riparatorie, rispondendo ad una positiva funzione di tutela del medesimo interesse tutelato dalla disposizione violata³¹² e presentando delle affinità proprio con l'art. 35.³¹³

Per venire all'esame dei profili processuali – che rende molto evidente come la corretta qualificazione dell'istituto non abbia affatto solo una rilevanza definitoria, né costituisca un esercizio meramente accademico – è infatti indispensabile ricordare che le cause di non punibilità in senso stretto³¹⁴ (le cui coordinate, nel codice di rito, sono tracciate dagli artt. 425 c. 1 e 530 c.p.p., che tra le formule della sentenza di

interrompono il nesso reato-pena ma che vanno poste in relazione con il dover essere della pena. E' solo in situazioni limitate e particolari, secondo l'Autrice, che rendono impossibile o incerto il raggiungimento delle finalità della pena oppure che ne consentono altrimenti la realizzazione, che si spiega la deroga alla regola del necessario collegamento della conseguenza giuridica al reato. La Corte Costituzionale, nella stessa prospettiva, ha affermato (Corte Cost., 17 maggio 1989, n. 282, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>) che sotto l'etichetta "estinzione del reato e della pena", il codice penale include "istituti tanto diversi da far davvero dubitare dell'unitarietà della categoria". Occorrono quindi "indagini specifiche, valide per ciascuno (o per alcuni) degli istituti raggruppati sotto la predetta etichetta, per poter determinare la natura giuridica degli istituti stessi". In una diversa pronuncia, di poco anteriore, si è così espressa (Corte Cost., 23 marzo 1988, n. 369, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>): "Dottrina e giurisprudenza, infatti, pur avendo a lungo ed approfonditamente discusso intorno al concetto (di genere) causa d'estinzione del reato (entro questo concetto il codice penale inserisce sia l'amnistia sia l'oblazione) non hanno dedicato complete indagini su tutte le particolari cause d'estinzione, non sottolineando a dovere che il codice penale riconduce al concetto "di genere" le più svariate figure (dall'amnistia alla morte del reo, alla prescrizione ecc.) sulla base d'una sola nota effettuale, quella d'estinguere il reato. Il necessario dibattito sul significato di questa formula (com'è noto, una novità del vigente codice penale) non esclude l'esame del diverso fondamento, dei diversissimi modi di funzionamento delle singole cause d'estinzione: anzi, da questo esame può, invero, pervenire nuova luce proprio intorno al concetto generale di causa d'estinzione del reato".

³¹² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 488 s. Cfr. anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 58. Le cause di estinzione del reato possono consistere in accadimenti naturali (morte del reo) o in determinazioni di terzi o dell'indagato/imputato e quindi, come rileva V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, cit., 1130 s., nt. 73, una qualche omogeneità strutturale tra cause di non punibilità sopravvenuta e cause di estinzione sarebbe ravvisabile nel meccanismo dell'oblazione, anche se egli ritiene comunque ancora valorizzabile, a fini distintivi, il criterio del tipo di interesse sotteso alle cause di estinzione, in quanto esse dipenderebbero da ragioni estranee all'offesa del reato mentre le cause di non punibilità sopravvenuta consisterebbero in una condotta orientata all'offesa (nel caso dell'oblazione, però, anche senza invocare l'art. 641 c.p., il cui inquadramento è discusso, anche questo ultimo criterio non appare adeguato).

³¹³ Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1006; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 473; F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, in *Indice pen.*, 2005, 147 ss.

³¹⁴ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 167.

proscioglimento annoverano quella del reato commesso da persona non punibile)³¹⁵ si differenziano dalle cause estintive perché implicano logicamente che si ritenga commesso il reato contestato,³¹⁶ mentre gran parte delle cause di estinzione hanno in comune il fatto di poter essere applicate indipendentemente da un compiuto accertamento del reato ed operano sulla base della sola contestazione, determinando una vera e propria paralisi del processo penale.³¹⁷ La declaratoria di estinzione non presuppone un reale giudizio di merito con l'accertamento della *quaestio facti*, un giudizio storico sull'oggetto dell'accusa, ma si limita a richiedere al giudice di conoscere "in ipotesi" dell'imputazione, di verificare se l'opzione accusatoria corrisponda alla fattispecie di reato, prima di giungere ad affermare che quel reato, anche qualora esistesse e fosse accertato, sarebbe travolto da una vicenda estintiva: "in parole semplici, non occorre essere certi che un reato esista, per dichiararlo estinto".³¹⁸ Il già citato art. 129 c.p.p. si riferisce unicamente alle cause di estinzione del reato e non include l'ipotesi in cui l'imputato non sia punibile, prevedendo, come solo limite all'immediata declaratoria, l'evidenza delle condizioni per un proscioglimento nel merito.³¹⁹

³¹⁵ D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, cit., 54.

³¹⁶ Come rileva D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, cit., 56, ad imporre una tale conclusione è l'ordine delle formule assolutorie: in senso discendente da quella per l'imputato più favorevole, la declaratoria di non punibilità si colloca all'ultimo gradino.

³¹⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 572 s. Basti considerare la differenza che intercorre tra l'art. 530 e 531 c.p.p. Solo il primo articolo, riferito alle ipotesi in cui l'imputato non è punibile, contempla una pronuncia di assoluzione, che presuppone la verifica degli estremi di una pronuncia in fatto (vi è infatti un ordine preferenziale che governa le formule terminative); mentre il secondo, che riguarda le cause di estinzione del reato, si riferisce ad una pronuncia di "non doversi procedere". Cfr. anche V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, cit., 1124, 1333; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 90 e M. PAPA, *Nuovi problemi in tema di oblazione: la concessione discrezionale del "beneficio"*, in AA.VV., *Le modifiche al sistema nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, Jovene, 1984, 257 s. (con riferimento all'oblazione).

³¹⁸ F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 669 ss.; D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, cit., 61; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 167; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, cit., 1126.

³¹⁹ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 434.

Si capisce, allora, perché si affermi che questa disciplina attribuisce alle cause di estinzione “una natura anfibia, per un verso sostanziale, e per altro processuale”³²⁰ e non manchino autori che hanno ritenuto addirittura di propendere esclusivamente per la seconda.³²¹

In conclusione, l’inquadramento operato dal legislatore con riferimento all’art. 35 d.lgs. 274/2000 non può considerarsi certo casuale, poiché l’intreccio di profili sostanziali e processuali che caratterizza la vigente disciplina delle cause estintive risponde coerentemente e funzionalmente alle esigenze del modello delineato per il magistrato onorario. Da un lato, la natura sostanziale sottolinea più chiaramente la necessità di una legittimazione dell’istituto alla luce dei principi e fondamenti del diritto penale e riflette i caratteri di un giudizio da esso reclamato in termini più ampi della mera constatazione del regolare instaurarsi della procedura,³²² dall’altro, la disciplina processuale è comunque volta a ridurre al minimo l’impegno del giudice, anche se paga il prezzo di far dichiarare l’estinzione quando la responsabilità è, appunto, ancora *sub iudice*.³²³

³²⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 572. Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 439.

³²¹ A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss. A pag. 506, in particolare, egli afferma che esse attengono “al dover essere del processo, non al dover essere della pena”. Nello stesso senso, Nuvolone sostiene che vi sono dati molto chiari a favore della diretta operatività delle cause estintive sul piano processuale, visto che esse escludono che il reato sia accertato in modo definitivo e dichiarato non punibile: si può dire che esse “impediscono che il reato venga accertato in sede penale”: P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 534. Come illustra E. ANTONINI, *Contributo alla dogmatica delle cause estintive del reato e della pena*, cit., 9 ss., che si sofferma su questo dibattito mettendo in luce come la maggioranza della dottrina propenda comunque per una visione sostanzialistica, il legislatore del 1889, ad esempio, aveva inserito la disciplina in materia, pur nel codice penale (perché le cause in questione concretamente estinguevano il diritto di punire), nell’ambito dell’“estinzione dell’azione penale e delle condanne”, propendendo, forse, per un inquadramento processuale del fenomeno estintivo, anche se non è certo perché non poteva considerarsi così nitida la demarcazione tra diritto sostanziale ed azione. Cfr. altresì A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., 257; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai “condoni tributari 2003”*, cit., 1122.

³²² Cfr. anche V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai “condoni tributari 2003”*, cit., 1125 e A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 181, che evidenzia come questi istituti debbano essere trattati quali disposizioni di diritto sostanziale, perché “connessi alla fondazione o al modo di essere del potere di punire”. Cfr. anche M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1058.

³²³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 573. Cfr. anche F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, cit., 178. Sulla necessità di tener conto delle esigenze che, sotto il profilo processuale, nascono dall’accertamento cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 165 (pur con riferimento alla scelta tra cause di non punibilità e cause di non procedibilità).

Una questione parzialmente connessa a tali problematiche di inquadramento dell'istituto e comunque strettamente funzionale ad una maggior o minor valenza deflattiva di questo peculiare strumento, attiene alla possibilità di applicarlo in sede di indagini.

Anche sotto questo profilo si risente delle incertezze che derivano al sistema da una “tecnica di normazione eterointegrata”³²⁴ per quanto riguarda le regole processuali, attraverso un richiamo generale alle norme contenute nel codice di procedura penale “in quanto applicabili”. Tale formula, infatti, si limita “ad evocare il concetto di compatibilità: in quale senso esso vada inteso è un compito lasciato in via esclusiva all'interprete, data l'assenza di criteri espressamente indicati”.³²⁵

Con riferimento alla disciplina dell'archiviazione, si può ritenere che essa assuma una dimensione più ampia rispetto a quella contenuta nel codice di procedura penale.³²⁶ Oltre alle ipotesi contemplate per il procedimento ordinario – infondatezza della notizia di reato *ex art. 408 c.p.p.* e mancanza di una condizione di procedibilità, perché il reato è estinto o il fatto non è previsto dalla legge come reato *ex art. 411 c.p.p.*, unitamente alla regola decisoria delineata dall'art. 125 att. c.p.p. in tema di infondatezza della *notitia criminis*, laddove gli elementi acquisiti nelle indagini non appaiono idonei a sostenere l'accusa in giudizio³²⁷ – vi è quella, tutta nuova, delineata dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, in ipotesi di particolare tenuità del fatto.³²⁸

Con riferimento al problema enunciato, la dottrina non esprime una posizione unanime. Qualche autore ritiene che l'istituto trovi una sola sede per la sua applicazione, l'art. 29, “espressione più compiuta della funzione conciliativa che permea tutto il rito penale davanti al giudice di pace”,³²⁹ a seguito dell'esercizio

³²⁴ A. SCALFATI, *Premessa*, cit., XIII.

³²⁵ D. VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., 23.

³²⁶ D. CARCANO, *Archiviazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 167.

³²⁷ D. CARCANO, *Archiviazione*, cit., 168. Come evidenzia F. CAPRIOLI, *Esercizio dell'azione penale: soggetti, morfologia, controlli*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 180, l'art. 125 att. c.p.p. è stato inopportuno menzionato nell'art. 17 d.lgs. 274/2000 come un presupposto dell'archiviazione, ulteriore rispetto all'infondatezza. Cfr. altresì H. BELLUTTA, *Archiviazione* in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 143 ss.

³²⁸ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 41; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 129.

³²⁹ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 332.

dell'azione penale, in quanto, in base alla lettera della norma, si richiederebbe l'emissione di una "sentenza" che dichiari l'estinzione, enunciandone la causa nel dispositivo, e, comunque, poiché l'art. 35 farebbe riferimento, non a caso, proprio all'udienza di comparizione sia al comma 1 che al comma 3.³³⁰ Le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione, poi, presupponendo un'analisi approfondita del fatto e del suo autore, potrebbero essere meglio valutate in giudizio, che non sulla base di un semplice fascicolo.³³¹

Se, tuttavia, l'udienza di comparizione, a monte della celebrazione del dibattimento, può considerarsi la sede naturale per la definizione del procedimento *ex art. 35 d.lgs. 274/2000*,³³² non appare corretto o, in ogni caso, opportuno, in prospettiva deflattiva e di buon funzionamento della macchina processuale, escludere la possibilità di una dichiarazione di estinzione prima dell'esercizio dell'azione penale, con un decreto di archiviazione, proprio in forza della già ricordata applicabilità dell'art. 411 c.p.p.³³³

Naturalmente, è importante superare ogni incertezza sulla qualificazione dell'istituto, rimanendo fedeli al dato normativo, ma se si ammette che esso sia inquadrabile come causa di estinzione del reato,³³⁴ non vi sono ostacoli insuperabili, "da un punto di vista logico e sistematico",³³⁵ a che l'archiviazione possa reputarsi sede adeguata alla sua applicazione, ed esso, successivamente, soggiace alla regola

³³⁰ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 275; D. CARCANO, *Archiviazione*, cit., 175. Le argomentazioni sono riportate anche da R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 378.

³³¹ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 221.

³³² S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 351. Cfr. anche A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 403.

³³³ V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 65; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 93; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 446; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 329; C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 163; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182. Meno netta è, sul punto, la posizione di M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 205, anche se, a pp. 220 ss., egli si sofferma sulle diverse obiezioni a questa lettura.

³³⁴ Secondo G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 140, in realtà, la pretesa di taluno di considerare l'art. 35 una causa di esclusione della punibilità non impedirebbe di ritenere il suo inquadramento formale motivo per riferirsi, in una prospettiva dinamica, alle regole processuali dettate per le cause estintive. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 395, si sofferma tuttavia sui profili di tensione con l'art. 112 Cost., alla luce del fatto che alcuni presupposti sarebbero troppo poco determinati.

³³⁵ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 144.

dell'immediata declaratoria in qualsiasi stato e grado del procedimento *ex art.* 129 c.p.p.³³⁶ Si evita così che il pubblico ministero, in presenza di condotte riparatorie, sia costretto ad esercitare l'azione penale con "riserva mentale" di chiedere poi immediatamente che si riconosca l'integrazione dell'istituto,³³⁷ mentre la persona offesa può essere adeguatamente coinvolta, ricevuto l'avviso, con l'opposizione *ex art.* 17 c. 2 d.lgs. 274/2000, nella quale è sufficiente che essa contesti "l'insufficienza probatoria posta a base della richiesta di archiviazione, senza la necessità di suggerire ulteriori scenari investigativi".³³⁸

A ben vedere, forse, è possibile un passo ulteriore. Si può infatti ipotizzare che, nello stato attuale della legislazione processualpenalistica, anche in funzione di questo particolare risultato, e quindi di una definizione veramente anticipata del procedimento, il legislatore, riconosciuta la natura – almeno prevalentemente – sostanziale dell'istituto, abbia scelto di qualificare questo strumento come causa estintiva, rispettando il principio di non esercizio dell'azione in ipotesi di "superfluità del processo".³³⁹

Altra questione si pone invece in relazione alla previsione di un preciso limite temporale per l'intervento delle condotte riparatorie.

Al fine di consentire l'operatività dell'istituto, di regola, esse devono essere poste in essere prima dell'udienza di comparizione.³⁴⁰

³³⁶ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 226; S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 3° Ed., 2011, vol. III, 7890; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379. Come vedremo anche più avanti, peraltro, è dubbio in dottrina se la non punibilità, nel significato che emerge dagli artt. 530 e 425 c.p.p., rientri o meno tra i presupposti dell'archiviazione. La tesi negativa richiama la tassatività dei casi elencati dagli artt. 408 e 411 c.p.p. e la complessità degli accertamenti richiesti, di conseguenza devoluti alla sola fase processuale. Cfr. C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 746; ID., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 196 s. Vi sono però anche argomenti a favore, come l'elasticità del parametro offerto dall'art. 125 att. c.p.p. (cfr. D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, cit., 69 s.).

³³⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182.

³³⁸ A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, cit., 1187. Cfr. anche R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 392; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 145. Quanto ai contenuti dell'atto oppositivo F. CAPRIOLI, *Esercizio dell'azione penale: soggetti, morfologia, controlli*, cit., 186, segnala una ricchezza di contenuti inusuale, se posta a confronto con i precedenti normativi dell'istituto.

³³⁹ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 229. Si può ricordare, sul punto, la già citata: Corte Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, 207.

³⁴⁰ Come rileva E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, in *Riv. Pen.*, 2002, 859, completamente diversa è la questione concernente la possibilità che il giudice si

Le ragioni di una tale previsione sono da cogliere nell'esigenza di evitare che l'attività riparatoria sia condizionata dagli sviluppi del giudizio e comunque in motivi di prevenzione generale. Il risultato utile deve essere collegato strettamente alla minaccia iniziale ed "apparire quindi come osservanza, sia pur tardiva, del precetto che è stato violato".³⁴¹

L'istituto perde in parte la propria rigidità di carattere temporale solo quando l'imputato chieda, all'udienza di comparizione, di poter provvedere agli adempimenti di cui al primo comma, ovvero alla riparazione ed all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, dimostrando di non averlo potuto fare precedentemente. Sussiste quindi un vero e proprio onere probatorio, in tal senso, a carico dell'imputato.³⁴²

In questa ipotesi, il giudice può, discrezionalmente, disporre la sospensione del processo per un periodo non superiore a tre mesi - incaricando un ufficiale di polizia giudiziaria o un operatore di servizio sociale dell'ente locale di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie - e può imporre specifiche prescrizioni, finalizzate all'adempimento delle condotte riparatorie.³⁴³

Quanto ai parametri che devono guidare il giudice nell'esercizio di tale potere discrezionale, non è secondario ricordare quanto ha affermato la Corte Costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 20 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, nella parte in cui non prevede che la citazione a giudizio debba contenere l'avviso che, qualora ne ricorrano i presupposti, l'imputato può porre in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 35, prima dell'udienza di comparizione. Tale omissione non comporterebbe infatti la perdita irrimediabile di tale facoltà "giacché il giudice di

riservi di pronunciare l'estinzione nel momento del dibattimento in cui saranno raccolti elementi conoscitivi sufficienti per valutare la congruità del risarcimento.

³⁴¹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 383; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., 409; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 528; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 127.

³⁴² G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 151.

³⁴³ Secondo G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 311, sarebbe più proficuo l'intervento dei centri di mediazione. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 347 s., nello stesso senso, criticamente rileva come, tra i soggetti delegati, non siano stati indicati i centri di mediazione, quando, invece, l'assoluta informalità del loro intervento avrebbe potuto contribuire a diminuire l'aura di conflittualità scatenata dal reato. Cfr. anche G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 153.

pace può sospendere il processo per un periodo non superiore a tre mesi nel caso in cui l'imputato chieda nell'udienza di comparizione di poter provvedere a tali condotte, dimostrando di non aver potuto metterle in opera in precedenza, anche per non essere stato informato della relativa possibilità".³⁴⁴

Appare chiaro allora che, così riletta, la norma consenta di ricorrere al rinvio con una certa larghezza,³⁴⁵ anche a prescindere da una vera e propria impossibilità "soggettiva" di adempiere,³⁴⁶ o dalla difficoltà di individuare o reperire la persona offesa.³⁴⁷ Come è stato evidenziato, del resto, anche in questo momento il giudice di pace può "esplicare appieno la funzione di composizione sociale" che gli è stata affidata.³⁴⁸

L'unico limite effettivo è legato alla necessità che il giudice debba innanzitutto procedere a valutare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione emergenti nel caso di specie, essendo egli tenuto a respingere la richiesta qualora le condotte riparatorie non appaiano, *ex ante*, idonee a soddisfarle.³⁴⁹

4.2 Ambito applicativo dell'istituto

Non è affatto facile individuare la classe di reati in relazione alla quale l'istituto è chiamato ad operare, anche perché, secondo una certa dottrina, più che avere "un'essenza dogmatica", essa "presenta piuttosto una valenza politico-criminale".³⁵⁰

Può essere interessante rilevare, a tale riguardo, come nel testo del primo schema del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 23 giugno 2000, l'operatività dell'istituto fosse limitata ai soli reati diversi da quelli perseguibili a querela, sul presupposto che l'art. 35 non potesse costituire uno

³⁴⁴ Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 11, in *Giur. Cost.*, 2004, 1.

³⁴⁵ A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, cit., 145. G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 151 mette in guardia da un'interpretazione eccessivamente lassista.

³⁴⁶ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 393.

³⁴⁷ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 530. Cfr. altresì S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 346.

³⁴⁸ C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, cit., 163.

³⁴⁹ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 528.

³⁵⁰ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 109.

strumento di “scavalco” della volontà punitiva della persona offesa querelante. Accogliendo tuttavia le osservazioni formulate dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, il Governo ha modificato la disciplina delle condotte riparatorie, cancellando il riferimento ai reati procedibili d’ufficio.³⁵¹

Come si legge nella Relazione, la modifica appariva più conforme alle indicazioni del delegante che non aveva operato alcuna distinzione, pur avendo ben presente quali fossero i reati di competenza del giudice di pace, in gran parte perseguibili a querela e “tipicamente espressivi di quella microconflittualità privata che costituisce il terreno di elezione di questo microcosmo punitivo-conciliativo”. L’eventuale esclusione di tali reati, inoltre, avrebbe fatto sì che la causa estintiva si traducesse in “un mero simulacro, magari provvisto di efficacia evocativa, ma destinato a rivelare un impatto poco più che trascurabile sul sistema”.³⁵²

Correttamente operato questo intervento, più di un dubbio si è posto tuttavia sull’opportunità pratica di una scelta generalista, se si prendono in considerazione quei reati per i quali è concretamente molto difficoltosa, se non impossibile, l’operatività dei meccanismi risarcitori o riparatori richiesti.³⁵³

Il caso della contravvenzione della guida sotto l’influenza dell’alcool, già di competenza del giudice di pace, è parso in particolare, da subito, eclatante e la giurisprudenza si è pronunciata tempestivamente proprio con riferimento ad esso.

Con decisioni che, pur con le dovute cautele, possono dare delle indicazioni di carattere generale, la Cassazione ha così escluso che l’istituto delineato dall’art. 35 d.lgs. 274/2000 sia applicabile ai reati di pericolo “per i quali le condotte riparatorie appaiano oggettivamente incompatibili, nel senso che non costituiscono un “actus contrarius” rispetto alla condotta incriminata, né sono in grado di realizzare qualche forma di compensazione nei confronti della persona offesa”.³⁵⁴

³⁵¹ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 75; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 334, nt. 7; S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 509.

³⁵² Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.1.

³⁵³ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 510. Come abbiamo già ricordato, il legislatore delegato ha trascurato la direttiva che imponeva di prestare attenzione alla possibilità che le conseguenze dannose del reato potessero essere eliminate: cfr. S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 163.

³⁵⁴ Cass., 7 luglio 2005, n. 36336, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2006, 5, 519. Nella specie, la Corte ha escluso che, rispetto alla contravvenzione di guida sotto l’influenza dell’alcool, potessero valere, ai fini e per gli effetti del meccanismo estintivo suddetto, l’avvenuta sottoposizione dell’imputato ad un

Se, per quanto riguarda la guida in stato di ebbrezza, la conclusione a favore di un’“incompatibilità ontologica” era ampiamente prevedibile,³⁵⁵ i dubbi non possono considerarsi completamente fugati con riferimento, ad esempio, ad alcuni reati contravvenzionali attribuiti alla competenza del giudice di pace, perché sullo sfondo è individuabile una sorta di “vittima” (ancorchè non persona offesa).

Come già ricordato grazie alle parole di Padovani, in alcune contravvenzioni si può cogliere, all’orizzonte, “un interesse” o, comunque, “una posizione personale significativa per l’integrazione dell’offesa” che, se non pare sufficiente per far pensare proficuamente ad una vera e propria riconciliazione, può almeno aprire le porte a qualche forma di intervento di “riparazione” nei confronti del privato coinvolto, almeno intesa *lato sensu*, come possiamo leggere in un passaggio della Relazione, per il resto poco cristallino.³⁵⁶ Anche in tali ipotesi, però, la soddisfazione dell’“interesse” privato coinvolto non consente l’integrazione della riparazione in misura completa, residuando, come non riparata e non riparabile nei termini indicati dalla norma in esame, l’offesa al bene di stretta natura pubblicistica.³⁵⁷

La problematica è correttamente posta ma riteniamo debba essere affrontata con coerenza tenendo conto del contesto più generale in cui l’istituto è inserito e, comunque, sempre dei reati di competenza del giudice di pace e del microsistema che è stato disegnato, che consentono complessivamente di non sopravvalutarne gli effetti.

Per gli illeciti non delittuosi, in particolare, essa può considerarsi in gran parte superata dal fatto che l’oblazione è chiamata ad avere un ruolo nettamente predominante in questo contesto, poiché essa può trovare applicazione, almeno in

trattamento socio-riabilitativo di disintossicazione e il versamento di una somma in favore dell’Associazione alcolisti anonimi. Nello stesso senso: Cass., 7 febbraio 2007, n. 39563, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1120. Cfr. altresì F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 107. Non è questa, però, la posizione di C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, cit., 164, favorevole alla più ampia applicazione dell’istituto, senza argomentare tuttavia in merito alla propria conclusione.

³⁵⁵ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 512 s. Cfr. tuttavia, criticamente, G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 440.

³⁵⁶ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II.2.1: “sebbene difficilmente ascrivibili al protocollo criminologico della microconflittualità interindividuale, questi reati sembrano tuttavia ancora modellati sulla caratterizzazione del giudice di pace come “compositore di controversie individuali”: in massima parte rispondono allo schema del reato di pericolo, e dunque tollerano condotte di tipo *lato sensu* riparatorio”. Secondo C. DI BUGNO, *Competenza per materia*, cit., 53, tale riparazione sarebbe idonea ad estinguere il reato.

³⁵⁷ Come evidenzia D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, cit., 545, nel caso di atti contrari alla pubblica decenza, la persona che ha sofferto gli effetti nocivi della condotta illecita è solo un danneggiato dal reato.

astratto, per tutte le contravvenzioni, in quanto comunque sanzionate con la pena pecuniaria, da sola o in alternativa alle pene paradedentive.³⁵⁸ Nonostante qualche autore sostenga il contrario, anche in ipotesi di oblazione facoltativa è molto difficile pensare che l'imputato che si sia attivato positivamente, dove possibile, a rimuovere le conseguenze dannose o pericolose possa trovare più conveniente, anziché chiedere l'ammissione all'istituto di cui all'art. 162-bis c.p., sollecitare l'applicazione dell'art. 35: fermo il dubbio che ci si possa accontentare di tale rimozione (come vedremo, riteniamo che la risposta debba essere negativa), il giudice di pace è sempre chiamato a valutare se la condotta riparatoria abbia anche soddisfatto le esigenze di riprovazione e prevenzione, e ciò rende comunque poco appetibile l'alternativa.³⁵⁹

Per cercare di affrontare la questione dell'ambito applicativo della disposizione in modo più compiuto, si può iniziare allora a riflettere sul suo necessario collegamento con la problematica dell'individuazione delle condotte riparatorie rilevanti per l'art. 35, oggetto di indagine più approfondita nel prossimo paragrafo.

Pensando ad una condotta riparatoria praticabile nel microsistema del giudice di pace si può, infatti, limitare l'istituto ai reati posti a presidio di interessi individuali, in cui, quindi, sia identificabile la vittima/persona offesa (normalmente querelante), oppure si può ipotizzare di estenderne indistintamente il campo operativo valorizzando anche le condotte *lato sensu* riparatorie, indirizzate alla "comunità", come quelle volte a sanare una situazione illecita precedente, eventualmente mediante una regolarizzazione (ottenimento di un'autorizzazione mancante).³⁶⁰ Secondo alcuni autori, in particolare, nel caso di reati senza vittima o che abbiano determinato un pregiudizio non economicamente risarcibile sarebbe sufficiente aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, che riguardano il danno criminale.³⁶¹

Questa seconda interpretazione, però, come è stato lucidamente rilevato anche da qualche autore che ha ritenuto comunque, criticabilmente, di preferirla perché in

³⁵⁸ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 290; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 108 s.

³⁵⁹ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 511 s.; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 221 s.; E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., 291.

³⁶⁰ A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 129.

³⁶¹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 272; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 436.; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 142.

qualche modo più coerente con la lettura del criterio selettivo “eliminazione delle conseguenze dannose” offerta dal legislatore delegato, tende a sottovalutare il dato normativo: le due tipologie di condotte indicate nell’art. 35 (riparazione ed eliminazione delle conseguenze) sono infatti legate dalla congiunzione “e” e non dalla congiunzione “o”.³⁶²

A sostegno della prima soluzione interpretativa, con le precisazioni che faremo, si può notare la differenza che intercorre tra la formulazione di questo articolo e quella della corrispondente attenuante codicistica, dove la congiunzione utilizzata è, invece, proprio “o”.³⁶³

Inoltre, profilo non secondario, è necessario considerare come l’istituto si inserisca nel contesto di un modello di giustizia che valorizza la dimensione relazionale e la riparazione, nel testo dell’art. 35, assuma obbligatoriamente la forma del risarcimento o della restituzione, innanzitutto.

Così, se in dottrina si è evidenziato come, svincolando l’idea riparativa dal concetto di danno materiale e dal risarcimento all’offeso, si può concepire la riparazione come una vicenda penale che include anche reati che non contemplano una vittima diretta,³⁶⁴ *a contrario*, se la riparazione, mediante risarcimento e/o restituzione, nei confronti della vittima è da considerarsi, ancorchè non esaustiva, comunque irrinunciabile, il campo applicativo dell’istituto si restringe notevolmente.

In conclusione, quindi, sempre guardando al microsistema “conciliativo” del giudice di pace, l’ambito applicativo dell’istituto delineato dall’art. 35 dovrebbe coincidere con i reati in cui, quanto meno, è identificabile una vittima/persona offesa,

³⁶² A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 130; F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 128. N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 226, parla di riparazione (danno risarcibile) coniugata all’eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379, si sofferma su questi profili, mettendo in guardia dal giungere, però, a restringere troppo l’ambito applicativo della disposizione. ID., *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 185, ricostruisce tuttavia il rapporto tra le condotte in termini di residualità. Così anche S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338 e S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 514 ss. che, tra le opzioni, propone di ritenere la congiunzione “e” frutto di una svista del legislatore.

³⁶³ Cfr. sul punto M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

³⁶⁴ P. GALAIN PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 41.

titolare del bene giuridico individuale tutelato dalla norma incriminatrice,³⁶⁵ mentre non si dovrebbero operare delle distinzioni a seconda del tipo di danno cagionato.³⁶⁶ Sono suscettibili di riparazione i reati offensivi di interessi patrimoniali, ma anche quelli che offendono beni giuridici personali e che spesso fanno scattare nel soggetto passivo un interesse prevalente per il profilo riparatorio o risarcitorio. Le lesioni colpose correlate alla circolazione stradale, in particolare, rientrano perfettamente nel quadro, in quanto, spesso, il colpevole viene avvertito dalla vittima “più che come aggressore, come compartecipe nello svolgimento di un’attività pericolosa – per l’appunto la circolazione stradale – dove la violazione delle regole cautelari non solo è diffusa, ma vede sovente l’alternarsi di uno stesso soggetto ora nella posizione di autore della violazione, ora nelle vesti di soggetto nel cui interesse la regola cautelare è posta”.³⁶⁷

Riconosciuta l’applicabilità dell’istituto sostanzialmente per tutti i delitti contenuti nel codice penale oggi di competenza del giudice di pace (a seguito della sottrazione dell’omissione di soccorso) ed esclusa, alla luce di tali premesse, per le contravvenzioni e per i reati della legislazione complementare, in quanto tali illeciti si assestano sulla soglia del pericolo e presentano un’offensività a vittima diffusa o indeterminata,³⁶⁸ un dubbio che rimane aperto e che le affermazioni della giurisprudenza – genericamente riferentesi ai reati di pericolo, nelle esclusioni – non consentono agevolmente di fugare riguarda alcuni casi di delitto tentato, che tuttavia abbiano cagionato un danno civile, quanto meno morale, risarcibile.

³⁶⁵ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 107. Come già ricordato, nella Relazione d.lgs. 274/2000, cit., II. 2.1, si precisa peraltro che non si dovrebbe dar luogo a sperequazioni tra le varie categorie di reati, “nella misura in cui [alcuni] non possano usufruire del meccanismo estintivo di cui all’articolo 35 del decreto legislativo, ritagliato attorno al risarcimento, alle restituzioni o - in genere - al ripristino dello *status quo ante*. Peraltro, analoga questione fu sollevata in relazione al meccanismo della prescrizione di cui all’articolo 21 comma 2 d.lgs. 19.12.1994, n. 758, dinanzi alla Corte costituzionale e da questa respinta, argomentando dal fatto che la diversa struttura delle fattispecie incriminatrici fosse idonea a giustificare le differenze di trattamento legislativo (sent. 28 maggio 1999, n. 205)”. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 59 ritiene, invece, che l’art. 35 non richieda espressamente una vittima.

³⁶⁶ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 381; F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, cit., 129.

³⁶⁷ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 109 s. L’Autore evidenzia come siano emerse sottofattispecie di lesioni personali meritevoli di un trattamento differenziato, in ragione delle dinamiche di realizzazione. Cfr. anche ID., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 344.

³⁶⁸ Per questa definizione cfr. C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 61.

Le incertezze manifestate dalla giurisprudenza in merito all'applicazione dell'attenuante del risarcimento del danno in ipotesi di tentativo non possono che riverberarsi in questo contesto. Appare condivisibile, comunque, la dottrina che propende, con una certa giurisprudenza, per la soluzione positiva, quando tale forma di manifestazione del reato produce danni in senso civilistico e conseguenze "pericolose" eliminabili, secondo l'accezione più ampia che andremo a proporre.³⁶⁹

4.3 Le condotte riparatorie: restituzioni, risarcimento, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato

Per entrare nel merito delle condotte rilevanti ai fini dell'estinzione, possiamo evidenziare che esse sono riconducibili a due categorie: la riparazione del danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento, contemplate come obblighi nascenti dall'illecito penale già nell'art. 185 c.p., e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

Nonostante le apparenze, ed anche in forza del fatto che, secondo taluno, la condotta restitutoria, forma di "*restitutio in integrum* della situazione preesistente all'illecito",³⁷⁰ rappresenta più esattamente una modalità di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, le due forme di riparazione considerate nella prima parte dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 (risarcimento e/o restituzione) non sono da considerarsi in rapporto alternativo, perché la restituzione, da sola, non ripara l'intero danno civile.³⁷¹

La riparazione mediante risarcimento deve poi tener conto tanto del danno civile patrimoniale (danno emergente e lucro cessante) quanto di quello non patrimoniale, secondo la nozione più ampia affermata in giurisprudenza, che deve considerarsi comprensiva del danno morale.³⁷²

³⁶⁹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 381; S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, 7892. E' necessario evidenziare però che la giurisprudenza più recente è orientata a tale riguardo in senso contrario: Cass., 30 novembre 2011, n. 47500, in Ced Cassazione 2011: "La circostanza attenuante della riparazione del danno non è applicabile al tentativo di furto, presupponendo essa la consumazione del reato e l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione della cosa".

³⁷⁰ D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 556, sulla scorta di quanto affermato da Cass., 30 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1992, 317.

³⁷¹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385 s.

³⁷² Abbiamo già ricordato nel secondo capitolo che le Sezioni Unite Civili, con la nota sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008 (in *Giust. civ.*, 2009, 913), confermata anche successivamente per tali

Il risarcimento - che viene qui implicitamente valorizzato per la sua capacità di soddisfare le esigenze compensative della vittima e quelle di punizione³⁷³ - deve essere effettivo e, nell'ipotesi in cui la vittima opponga un netto rifiuto, è necessaria un'offerta "reale, seria e congrua nell'ammontare".³⁷⁴ A tale riguardo si possono porre dei problemi con riferimento alle modalità dell'offerta, esattamente come avviene per l'attenuante del risarcimento contemplata dall'art. 62 n. 6 c.p. E' infatti controverso in giurisprudenza se l'offerta reale debba essere fatta nelle forme civilistiche di cui agli artt. 1206 c.c. o, invece, senza ricorrere a forme particolari, ma in modo da consentire al giudice di valutarla adeguatamente.³⁷⁵

Non essendo richiesta espressamente alcuna formalità, si ritiene preferibile la seconda opzione, un volta che il giudice riesca a valutare positivamente la congruità e la serietà della somma messa a disposizione.³⁷⁶

Se il requisito fino ad ora analizzato è irrinunciabile per le ragioni già evidenziate, che contribuiscono a definire l'ambito applicativo dell'istituto, e quindi merita di essere attentamente considerato, molti dubbi interpretativi di non agevole soluzione sono posti altresì dall'ulteriore presupposto dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che, sebbene non del tutto sconosciuto, con

profili (Cassazione, 16 febbraio 2009, n. 3677, sez. Unite, in *Giust. civ.*, 2010, 1467), hanno recentemente affermato che la categoria del danno non patrimoniale è ampia e generale, non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Cfr. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 337; G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 344; D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 549.

³⁷³ A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 991.

³⁷⁴ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 387.

³⁷⁵ Il quadro generale è offerto da R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 387, che propende per l'ultima lettura. La giurisprudenza è però divisa. Con riferimento all'attenuante, ci sono, da un lato, sentenze (Cass., 15 maggio 1990, in *Riv. Pen.*, 1991, 924; Cass., 13 dicembre 1995, n. 2837, in *Giust. Pen.*, 1996, II, 719) che impongono che l'offerta avvenga secondo le forme rituali di cui agli artt. 1206 ss. (procedura molto complessa, caratterizzata dall'intervento obbligatorio di un pubblico ufficiale, che è un notaio o un ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 73 att. c.c.) e, dall'altro, sentenze (Cass., 20 ottobre 1989, in *Cass. pen.* 1991, I, 1216) che richiedono "che la somma sia stata posta in modo certo ad effettiva ed incondizionata disposizione del danneggiato e che di tale circostanza sia fornita prova precisa ed inequivocabile", senza che la serietà dell'offerta debba risultare "da una prova integrante gli estremi dell'offerta reale prevista dal codice civile". Si riferisce - senza imporlo - ad un "verbale di offerta reale, ex art. 1209 c.c., della somma di E. 1.250,00", proprio una sentenza della Cassazione del 2005, in tema di art. 35 (Cass., 24 maggio 2005, n. 14070, in *Cass. pen.*, 2006, 2914).

³⁷⁶ Cfr. E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 861, che parla solo di libretto infruttifero o assegno circolare.

alcune variazioni, nel nostro ordinamento,³⁷⁷ è ancora privo di una definizione pacifica.³⁷⁸

Richiamando quanto sostenuto più in generale da un'attenta dottrina, possiamo affermare che con tale requisito si mira a ripristinare qualcosa di più del mero danno civilmente risarcibile: se “non è assodato che tale *quid pluris* coincida con l'“offesa” del reato [...] è certo che esso è più simile al danno/pericolo per il bene protetto che al danno civile”.³⁷⁹

Un contributo esegetico importante, in questo senso, può venire dalle letture, anche giurisprudenziali, offerte con riferimento agli altri istituti che contemplano un simile presupposto ed in particolare alle corrispondenti attenuanti (disciplinate nella parte generale del codice). In una recente sentenza, la Cassazione, nell'ambito di un indirizzo consolidato, ha affermato ad esempio che “le due circostanze attenuanti del reato contenute nell'art. 62 n. 6 c.p. (riparazione totale del danno e ravvedimento operoso) hanno sfere di applicazione autonome, l'una essendo correlata al danno inteso in senso civilistico, e cioè alla lesione patrimoniale o anche non patrimoniale, ma economicamente risarcibile, l'altra collegandosi, invece, al danno cosiddetto criminale, cioè alle conseguenze, diverse dal pregiudizio economicamente risarcibile, che ineriscono alla lesione o al pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata.”³⁸⁰

³⁷⁷ A titolo esemplificativo, si veda l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (“essersi, prima del giudizio e fuori del caso previsto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato”), la disciplina della sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.: “la sospensione condizionale [...] può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”) o quella dell'oblazione discrezionale (art. 162-bis c.p.: “L'oblazione non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104 o dall'articolo 105, né quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore”).

³⁷⁸ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 105. Sul punto, cfr. anche A. MELCHIONDA, *L'oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 102, che, in tema di oblazione, evidenzia come sussistano diverse difficoltà interpretative in ordine all'esatta individuazione di quali elementi debbano essere presi in considerazione ai fini di tale valutazione.

³⁷⁹ D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”*, cit., 30.

³⁸⁰ Cass., 27 maggio 2010, n. 27542, in Ced Cassazione 2010. Nello stesso senso, tra le altre, Cass., 10 ottobre 2003, n. 4304, in *Cass. pen.*, 2005, 1925. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 345, si riferisce a “tutto ciò che di dannoso o pericoloso sia derivato dall'illecito”, escluso il danno patrimoniale e non patrimoniale. Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 246 e 256.

Così, anche per l'art. 35, mentre la condotta descritta nella prima parte della norma atterrebbe al danno civile, le conseguenze dannose o pericolose si collocherebbero sul piano dell'offesa (lesione o messa in pericolo) arrecata al bene giuridico tutelato dalla fattispecie.³⁸¹

Vista la genericità dell'affermazione dovuta al fatto che, effettivamente, il legislatore ha omesso di precisare limiti ed oggetto di questa forma di condotte riparatorie,³⁸² in alcuni commenti la dottrina ha ritenuto necessario offrire all'interprete qualche spunto ulteriore. La seconda parte della norma, più precisamente, fotograferebbe "i riflessi nel mondo naturalistico del danno criminale, e quindi le conseguenze dell'offesa tipica del reato."³⁸³ Ci si riferirebbe "a tutti quegli effetti naturalistici umanamente ed integralmente rimosibili in cui si materializza l'offesa "criminale" e rispetto ai quali il reato si colloca come antecedente causale".³⁸⁴

Questa lettura, più puntuale, ora riproposta, presenta tuttavia dei risvolti problematici: valorizzando in questi termini il presupposto si può rischiare, infatti, inaccettabilmente di escludere dall'ambito applicativo dell'istituto i reati con vittima che siano privi di conseguenze dannose e pericolose eliminabili e che, almeno nel contesto del giudice di pace, non rappresentano delle isolate eccezioni, quanto invece la maggioranza dei casi (percosse e lesioni, solo a titolo esemplificativo).³⁸⁵

E' necessario, allora, ritornare alla distinzione più generale tra danno civile e danno criminale per approfondire la questione da un'altra prospettiva.

Appare utile richiamare, infatti, le considerazioni svolte in tema di giustizia riparativa, recuperando in questo particolare contesto il già descritto concetto di

³⁸¹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 388; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338, parla, invece, più genericamente, di "impatto non economicamente apprezzabile". Nello stesso senso cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

³⁸² D. FONDAROLI, *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del "danno da reato"*, cit., 32. A p. 35 l'Autrice si sofferma altresì sulla difficoltà di ipotizzare una eliminazione dell'offesa già arrecata.

³⁸³ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 514.

³⁸⁴ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 388; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 237. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 259, non molto diversamente, con riferimento alla sospensione condizionale della pena, parla di "effetti materiali visibili e durevoli dell'offesa al bene giuridico contemplato dalla legge" e, con riferimento all'oblazione (p. 263), parla di "modificazioni che il fatto determina nel mondo naturalistico".

³⁸⁵ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 379.

riparazione in senso ampio, che sul piano dell'offesa, in qualche misura mira a ripristinare l'ordine violato dal reato, con riferimento, da un lato, alla reintegrazione del bene e, dall'altro, ai suoi aspetti immateriali quali il dialogo, il rispetto, la dignità e l'autostima della persona offesa, la sua sofferenza fisica e psicologica.³⁸⁶

Così, con uno sguardo al sistema, se si tiene conto del contesto “conciliativo” e “dialettico”³⁸⁷ di riferimento e delle istanze della giustizia riparativa a cui il modello del giudice di pace almeno parzialmente si ispira – facendo propria la concezione del reato come fatto dinamico e *relazionale*”³⁸⁸ – si può proporre una coerente rilettura, in chiave ugualmente *relazionale*, del requisito dell'eliminazione delle conseguenze, che, oltre ed al di là del profilo strettamente risarcitorio (il quale, solo con riferimento ai reati contro il patrimonio può avere un significato sul piano dell'offesa) permetta di premiare i comportamenti positivi e/o gli sforzi dell'indagato o dell'imputato volti alla reintegrazione del bene anche attraverso la pacificazione o, quanto meno, l'instaurazione di una comunicazione, il ristabilimento di un rapporto con la vittima (almeno mediante una semplice lettera di scuse).³⁸⁹

In difetto, in termini più tradizionali, ci si può limitare a riconoscere uno spazio più circoscritto al presupposto dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che dovrebbe essere letto, in conformità alle definizioni offerte da una parte della dottrina sopra citata, con l'implicita precisazione “se eliminabili”, o “in quanto possibile”, come avviene ad esempio, per espressa scelta legislativa,

³⁸⁶ Cfr., come già ricordato, F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s.

³⁸⁷ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1016, parla di “giustizia penale dialettica”.

³⁸⁸ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 152. Anche A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1007, seppure a fini diversi, si sofferma sulla necessità di far propendere l'interprete verso una valorizzazione dei profili più marcatamente ispirati alla logica ed ai principi della giustizia conciliativa.

³⁸⁹ In tal senso sembra orientato G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 115, quando afferma che i delitti contenuti nel codice penale sono caratterizzati dal fatto che le “conseguenze dannose sono agevolmente riparabili – prima e soprattutto attraverso la ricomposizione conciliativa del conflitto di cui il reato è l'espressione finale – ad opera dell'intervento pacificatore del giudice”. Cfr. altresì G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 155, che individua una convergenza di potenzialità preventive tra mediazione e riparazione. S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, cit., 7893, con riferimento ad un'ipotesi di diffamazione, ad esempio richiede, per il beneficio della causa estintiva, una rettificazione delle affermazioni offensive, tramite lettere di scusa indirizzate ai presenti.

nell'oblazione discrezionale.³⁹⁰ A guardar bene, peraltro, gli effetti pratici di questa seconda opzione ermeneutica potrebbero non essere molto diversi da quelli prodotti dalla prima, se le condotte positive ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno ed alla restituzione – riconducibili ad un'ampia nozione di riparazione – trovassero uno spazio adeguato nel giudizio di equivalenza sanzionatoria, in seno alle esigenze di riprovazione e di prevenzione.

Per concludere su questo profilo, pur consapevoli che non tutta la dottrina è concorde, si ritiene preferibile che entrambi i presupposti richiesti dalla norma - riparazione del danno ed eliminazione delle conseguenze, nell'accezione, più ampia, analizzata - siano integrati, per l'applicazione dell'istituto, al fine di evitare di privilegiare eccessivamente (riproponendo la terminologia cara ai tedeschi) la riparazione del danno, rispetto a quella del fatto.³⁹¹ Qualora invece si preferisse una lettura riduttiva del requisito dell'eliminazione delle conseguenze, lo spazio per valorizzare comunque la dimensione relazionale dovrebbe essere trovato in sede di valutazione delle esigenze connesse ai fini della pena.

A supporto di una lettura favorevole alle coesistenza dei requisiti, del resto, basti ricordare che se la Cassazione, da un lato, ha affermato che “la riparazione non può non avere carattere anche patrimoniale” e che non possono bastare le sole dichiarazioni di scuse,³⁹² essa, dall'altro, ha escluso ogni automatismo tra il mero risarcimento e l'estinzione, chiedendo anche “l'eliminazione effettiva delle conseguenze dannose o pericolose del reato”³⁹³ o, quanto meno, con effetti pratici avvicinabili, di valutare in concreto “l'eventuale sussistenza di conseguenze dannose

³⁹⁰ Cfr. S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 516. Cfr. anche G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 346. Per l'oblazione discrezionale cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 147.

³⁹¹ Cfr. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 106. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 481 si sofferma proprio sulla diversità delle espressioni utilizzate nei due ordinamenti.

³⁹² Cass., 22 settembre 2005, n. 40818, in Ced Cassazione 2005: “Nel procedimento davanti al giudice di pace, il meccanismo di estinzione dell'illecito previsto dall'art. 35 d.lg. 28 agosto 2000 n. 274, può trovare applicazione soltanto quando l'imputato proceda, attraverso il risarcimento o le restituzioni eseguiti prima della udienza di comparizione, a riparare il danno direttamente cagionato dal reato contestatogli. La riparazione non può non avere carattere anche patrimoniale e il potere di sindacato del giudice, nel riconoscerne la idoneità, non può spingersi oltre i requisiti oggettivi previsti dall'art. 35, tra i quali vi è quello della anteriorità rispetto alla attività istruttoria.”

³⁹³ Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in Ced Cassazione 2007; Cass., 18 febbraio 2010, n. 9194, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 546, richiedendo almeno l'espressione delle scuse da parte dell'imputato.

e pericolose del reato nonchè delle esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione”.³⁹⁴

I problemi esegetici posti dalla norma non si esauriscono tuttavia nelle considerazioni fino ad ora svolte.

Ci si chiede, innanzitutto, se la condotta riparatoria debba essere esclusivamente personale.³⁹⁵ Secondo taluno, il requisito sarebbe implicito nel secondo comma dell’art. 35: le condotte riparatorie possono consentire il richiesto giudizio di idoneità rispetto alle esigenze di riprovazione e di prevenzione, sul quale ci soffermeremo, solo se poste in essere personalmente dal soggetto agente.³⁹⁶

La questione prospettata assume caratteri di grande attualità se si comincia a pensare alle ipotesi di risarcimento operato unicamente dalla compagnia assicuratrice, rispetto al quale, in chiave oggettivistica, è stato condivisibilmente evidenziato come la valenza satisfattoria non sia certo diminuita solo perché il pagamento proviene da un terzo.³⁹⁷ Nel campo delle lesioni dipendenti da sinistri stradali, poi, come già affermato con riferimento all’attenuante,³⁹⁸ si graverebbe eccessivamente l’indagato o l’imputato, qualora si pretendesse un risarcimento personale da parte sua, visto che egli è tenuto per legge a dotarsi preventivamente di

³⁹⁴ Cass., 29 maggio 2008, n. 27439, in *Cass. pen.*, 2009, 3938.

³⁹⁵ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236 è, ad esempio, favorevole. Cfr. altresì E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 858; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 277, nonchè S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526, con accenti critici. Per una riflessione sulla corrispondente attenuante cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 251.

³⁹⁶ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 384.

³⁹⁷ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 106.

³⁹⁸ Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 138, in *Cass. pen.*, 1998, 2297: “È infondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell’art. 62 n. 6 c.p., sollevata, in riferimento all’art. 3 cost., nella parte in cui, secondo il prevalente orientamento interpretativo della Corte di Cassazione, non consente l’applicabilità della attenuante nella ipotesi in cui il risarcimento del danno cagionato alla persona offesa sia stato effettuato dalla compagnia assicuratrice in forza di contratto di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi (la Corte ha osservato che l’interpretazione dell’attenuante in chiave meramente soggettiva, che ravvisasse in essa una finalità rieducativa, contrasterebbe con l’art. 3 cost. sotto i molteplici profili evidenziati dal giudice rimettente e dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, giacché da essa seguirebbe una arbitraria svalutazione dell’istituto dell’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, previsto dalla l. n. 990 del 1969, istituto che svolge nel nostro ordinamento una insostituibile funzione riequilibratrice, in attuazione degli imperativi contenuti nell’art. 3 cost.)”. Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 252.

una copertura assicurativa e che l'assicurazione interviene di norma in via diretta nei confronti del soggetto leso.³⁹⁹

Si può, allora, ribadire, semplicemente, che con l'allargamento del quadro valutativo verso l'eliminazione delle conseguenze del reato, "che necessariamente è a cura dell'imputato",⁴⁰⁰ e verso gli indici della riprovazione e della prevenzione, la soddisfazione del danno economico non rappresenta che uno dei criteri-guida: ferma la possibilità di un risarcimento proveniente dal terzo nell'interesse del reo (e che il quest'ultimo abbia fatto proprio),⁴⁰¹ ma che, come in Germania, non deve considerarsi sufficiente, il giudice di pace è chiamato a considerare sempre, ulteriormente, anche l'atteggiamento mostrato dal reo, gli sforzi relazionali da lui compiuti ed i segnali della sua capacità di ravvedimento.⁴⁰²

Dato per scontato che la riparazione non deve essere mai il frutto di una coazione,⁴⁰³ ci si chiede altresì, sulla base del dato normativo, se essa necessiti di essere sempre integrale. Una prospettiva favorevole a questa lettura,⁴⁰⁴ che risente degli influssi della giurisprudenza della Corte Costituzionale ancora una volta formatasi in riferimento all'attenuante, soprattutto con la sentenza n. 138/1998 – e della qualificazione della medesima come essenzialmente oggettiva, per dare preminente risalto alla figura della persona offesa ed all'esigenza che il pregiudizio da questa subito a causa del comportamento criminoso del colpevole sia interamente

³⁹⁹ M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 194; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 77; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 437 s.; S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, cit., 153 s. In giurisprudenza, per tutte: Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, in *Giudice di pace*, 2009, 1, 84.

⁴⁰⁰ D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 346.

⁴⁰¹ Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 344.

⁴⁰² S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, cit., 157; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocedurali*, cit., 117. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 2010, n. 9194, cit., 546, che ha anche escluso che possa integrare la causa estintiva il risarcimento effettuato dall'INAIL, poiché i contributi versati a tale istituto hanno ad oggetto somme di denaro proprie dello stesso danneggiato.

⁴⁰³ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 85.

⁴⁰⁴ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 445; S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 338. Criticamente R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385; ID., *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 183.

ristorato⁴⁰⁵ – e che in realtà molte sentenze recenti sembrano aver condiviso con decisione, può evidentemente discriminare i cittadini meno abbienti.⁴⁰⁶

E' questo, di certo, uno dei profili più problematici dell'istituto.

Se, da un lato, si può evidenziare come le discriminazioni legate alle condizioni economiche del reo possano considerarsi fisiologiche nel sistema penale, non solo con riferimento alla sanzione pecuniaria (che a differenza di quella detentiva non incide su un bene tendenzialmente omogeneo) ma anche con riferimento alle conseguenze favorevoli che normalmente discendono dal risarcimento del danno addirittura in ipotesi di procedibilità d'ufficio,⁴⁰⁷ e come, in qualche misura, il riconoscimento del risarcimento da parte dell'assicurazione possa contribuire a temperare tale effetto, dall'altro lato c'è chi propone di introdurre un correttivo costituzionalmente orientato, perché ci si possa accontentare di una riparazione parziale, nelle ipotesi in cui l'integralità della riparazione/risarcimento non sia realizzabile, nonostante lo sforzo profuso, a causa delle condizioni disagiate del soggetto in questione.⁴⁰⁸

Quest'ultima lettura, che non presenta particolari controindicazioni sostanziali (in quanto l'autore del reato avrebbe fatto tutto quanto era in suo potere per adempiere agli oneri), pare però difficilmente praticabile *de iure condito*⁴⁰⁹ in quanto contrasta troppo nettamente con la lettera della norma, che ha fatto seguito al disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Giustizia della Camera, ad unificazione dei numerosi progetti di legge via via presentati in tema di giurisdizione di pace, modificando l'originaria formulazione contenuta nel disegno di legge governativo, concernente l'opportunità di prevedere "ipotesi di estinzione del reato conseguenti a condotte anche parzialmente riparatorie o risarcitorie del reato", con la soppressione della locuzione "anche parzialmente".⁴¹⁰

⁴⁰⁵ Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 138, cit., 2297.

⁴⁰⁶ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526.

⁴⁰⁷ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 160.

⁴⁰⁸ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 385; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 236 s.; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 118. Cfr. anche G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 345.

⁴⁰⁹ D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 348.

⁴¹⁰ Come evidenzia S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 333, il citato d.d.l. governativo, presentato il 15 luglio 1996 alla Camera dei deputati dall'allora Guardasigilli, G.M. Flick, ha fornito il nucleo centrale per i lavori destinati a condurre, seppur

La questione della natura intrinsecamente oggettiva o soggettiva dell'istituto, qui solo sommariamente accennata, ma che verrà ripresa in seguito analizzando alcuni arresti giurisprudenziali, viene da taluno valorizzata anche con riferimento al tema della comunicabilità o meno di tale ipotesi di "non punibilità" in caso di concorso di persone nel reato. Coloro, infatti, che qualificano l'istituto come causa sopravvenuta di non punibilità procedono ad un'analisi approfondita della sua natura, al fine di applicare adeguatamente l'art. 119 c.p., primo o secondo comma.⁴¹¹

A fronte di argomenti, già accennati, a favore della natura oggettiva, non ne mancano altri a sostegno dell'opzione ermeneutica opposta. In particolare, si evidenzia come una riflessione attenta sulla *ratio* e sul funzionamento di questo istituto non possa prescindere dall'evidenziare la necessità per il giudice di prendere in considerazione, oltre alla riparazione, le esigenze di riprovazione e prevenzione, da valutarsi anche con riferimento alla persona del singolo indagato/imputato, con conseguente applicazione dell'art. 119 c.1. c.p.: la riparazione del danno, per essere efficace nei confronti di tutti i concorrenti, oltre ad essere integrale, deve essere frutto di una cooperazione in tal senso, e quindi i singoli dovrebbero aver cooperato nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose anche qualora si accertasse che un solo concorrente ha risarcito nell'interesse di tutti.⁴¹²

Secondo l'opzione ricostruttiva che abbiamo ritenuto di preferire in merito all'inquadramento dell'istituto, tuttavia, questo problema è superabile agilmente senza dover ricorrere ad indagini approfondite sulla natura della clausola. Nonostante la natura solidale dell'obbligazione risarcitoria,⁴¹³ l'estensione dell'istituto delineato dall'art. 35 ai compartecipi che non abbiano cooperato alla riparazione è esclusa, innanzitutto, in forza della disciplina generale delle cause di estinzione del reato:

attraverso numerosi passaggi e l'intervento della Commissione Giustizia della Camera, all'approvazione del testo della delega al Governo per la devoluzione di competenza penale al giudice di pace. Cfr. altresì F. PANIZZO, *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, cit., 126.

⁴¹¹ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 524 ss.

⁴¹² S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 525. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 383 giunge a questa conclusione senza argomentare sull'art. 119 c.p.

⁴¹³ D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 557.

“Salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce” (art. 182 c.p.).⁴¹⁴

In conclusione sul tema delle condotte riparatorie, dobbiamo solo evidenziare come non vi sia dubbio alcuno circa il fatto che la prova dell'intervenuto risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose debba essere fornita dall'imputato.⁴¹⁵

4.4 Le esigenze di riprovazione e di prevenzione ed il ruolo della vittima

Analizzando l'istituto delineato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000, Padovani ha affermato che il fondamento dell'estinzione del reato, consentita dalle condotte riparatorie, è rappresentato dal soddisfacimento delle esigenze di reintegrazione giuridica sottese alla commissione del reato, sia sul versante dell'interesse privato, sia su quello dell'interesse pubblico.⁴¹⁶

Di fronte al rischio che possa configurarsi, sullo sfondo dell'istituto, una sorta di monetizzazione della responsabilità penale, il legislatore non si è limitato a richiedere l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, ma ha anche previsto che il giudice di pace dichiarare il reato estinto solo quando le condotte

⁴¹⁴ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 189 s.; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 82. Appare così meno rilevante la giurisprudenza formatasi, su questo profilo, con riferimento all'attenuante. Si può tuttavia ricordare la sentenza Cass., S.U., 22 gennaio 2009, n. 5941, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, in cui è stato affermato: “In caso di concorso di persone nel reato, l'integrale risarcimento del danno da parte di uno dei coimputati non importa l'automatica applicazione della relativa attenuante (art. 62, n. 6, c.p.) anche agli altri coimputati. Infatti, l'estensione dell'attenuante, anche quando nel risarcimento sia intervenuto un terzo, sia pure questi un correo, presuppone che la condotta riparatoria sia comunque connotata da volontarietà (come è reso palese dalla formulazione della norma: "l'avere... riparato interamente il danno mediante il risarcimento... e mediante le restituzioni"): cosicché, se uno dei correi ha già provveduto in via integrale, gli altri, per potersi giovare dell'attenuante, dovranno nei tempi utili richiesti dalla norma rimborsare il complice più diligente ovvero comunque dimostrare di avere avanzato una seria e concreta offerta integrale di risarcimento.” Critica, sul punto, la posizione di S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 523 ss., che non condivide l'inquadramento dogmatico dell'istituto e lascia la questione aperta.

⁴¹⁵ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 92; A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 403.

⁴¹⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 328. Nello stesso senso: S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 343; E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 858, che parla di “riaffermazione della prescrizione incriminatrice violata”.

riparatorie si mostrino idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione.⁴¹⁷

Tali presupposti non sono facili da definire, né soprattutto, da accertare, attribuendo al giudice di pace un potere discrezionale molto ampio.⁴¹⁸ Se sono state formulate delle critiche in particolare con riferimento al concetto di “riprovazione”, dal possibile significato “etico-morale”,⁴¹⁹ la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie si sono spesso limitate ad affermare genericamente che questa verifica è necessaria per assicurare all’intervento una “valenza retributiva e di prevenzione speciale”.⁴²⁰

Il quadro appare complesso. Si è evidenziato come l’evocazione delle esigenze di riprovazione rappresenti un richiamo “rassicurante” a prospettive di tipo retributivo e di proporzionalità con il reato,⁴²¹ che, secondo taluno, “non appaiono molto coerenti con il contesto teleologico nel quale si muovono le complessive opzioni sanzionatorie del d.lgs. 274/2000”,⁴²² mentre, sul piano della prevenzione, se non sono mancate affermazioni volte a rimarcare la necessità di potenziare la tenuta general-preventiva del sistema sanzionatorio affidato al giudice di pace,⁴²³

⁴¹⁷ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatrici*, cit., 503; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 352; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 437; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatrici*, cit., 389; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 235. Cfr. anche L. PICOTTI, *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 207.

⁴¹⁸ Molto critica è la posizione di R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatrici*, cit., 390, che ritiene la riparazione inadeguata a svolgere le funzioni della pena. Cfr. altresì G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 317; ID., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, 135; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053.

⁴¹⁹ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 123. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 73.

⁴²⁰ Cass., 24 marzo 2005, n. 14070, in *Cass. pen.*, 2006, 2914. N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 228, parla di compensare il “disvalore complessivo dell’illecito e/o le esigenze di prevenzione speciale”.

⁴²¹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatrici*, cit., 392, parla, in una prospettiva particolare, di necessità, per il giudice di pace, di operare un giudizio di proporzionalità che tenga conto dell’“interesse della vittima”, da una parte, e del “male” commesso dall’altra. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 326; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 90.

⁴²² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 651. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatrici*, cit., 340, invece, esclude che attraverso simile parametro si sia inteso recuperare una logica retributiva e parla di capacità di “auto-ravvedimento”.

⁴²³ S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatrici*, cit., 519.

sottolineando l'importanza degli effetti sociopedagogici e di ristabilimento della fiducia collettiva di una condotta positiva, la maggior parte della dottrina ha posto l'accento soprattutto sulla funzione di prevenzione speciale: si è affermato che il riconoscimento del danno cagionato alla vittima deve acquistare un significato che va al di là della sua dimensione materiale e patrimoniale, soddisfacendo ad esigenze rieducative, special-preventive e di composizione del conflitto.⁴²⁴ La capacità surrogatoria delle condotte riparative va misurata infatti in relazione al peso delle sanzioni irrogabili dal giudice di pace, che hanno più una connotazione special-preventiva, che repressivo-retributiva.⁴²⁵

Nonostante la Cassazione abbia dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 d.lg. 28 agosto 2000 n. 274, formulata per contrasto con gli art. 3 e 24 Cost., proprio nella parte in cui prevede che il giudice pronunci sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie o riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, in considerazione del fatto che detto potere discrezionale del giudice, "attenendosi a nozioni con preciso contenuto giuridico fissato dal legislatore - verificabili pertanto in sede di impugnazione - non determina la violazione del principio di uguaglianza e di parità di fronte alla legge",⁴²⁶ appare preferibile, anche in prospettiva di riforma, attribuire un ruolo centrale alla prevenzione speciale, valorizzando la riparazione come "strumento o mezzo di coinvolgimento e di responsabilizzazione dell'autore, costretto a confrontarsi con le conseguenze lesive del suo agire per garantirsi una alternativa alla sanzione".⁴²⁷

⁴²⁴ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 146; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 143; L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, cit., 71; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1053; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 119; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 318.

⁴²⁵ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 155. Come rileva S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 341, nello schema sottoposto al vaglio delle Camere ci si limitava, in una prospettiva special-preventiva, a chiedere che fosse accertato che la riparazione era avvenuta "con modalità che il giudice ritiene adeguate anche al fine di impedire la reiterazione di analoghe condotte".

⁴²⁶ Cass., 14 marzo 2003, n. 15798, in *Cass. pen.*, 2004, 1641.

⁴²⁷ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 521. Cfr. anche D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 352.

A fini generalpreventivi è già importante sottolineare come il riconoscimento dell'estinzione, proprio sulla scorta di diversi presupposti supplementari al risarcimento, non sia scontato. Come è stato lucidamente affermato, è condizione di credibilità di un sistema repressivo che il futuro violatore della legge non possa tener conto “dei meccanismi legali, che consentono di evitare la sanzione, sicchè possa conseguentemente regolare la propria condotta su di essi”.⁴²⁸

Quanto invece al ruolo della vittima, la norma di cui all'art. 35 non prevede alcun potere di veto della persona offesa, che deve solo essere sentita, mentre è conservata all'autorità giurisdizionale la discrezionalità nella scelta ultima sulla pronuncia che estingue il reato.⁴²⁹

La disposizione di cui si discute, così, proprio per tale ragione, nonchè in forza del richiamo ad un giudizio di idoneità delle condotte a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, che sono tipiche della pena e vanno oltre la tutela della vittima privata, potrebbe, a prima vista, apparire in contrasto con una giustizia conciliativa, intesa come “modalità di composizione *non punitiva* dei conflitti “aperti” dal reato”.⁴³⁰ Ma il contrasto è solo apparente.

Effettivamente si può pensare che l'istituto di cui si discute partecipi, in qualche misura, alla “logica punitiva”,⁴³¹ ma è necessario capire bene in che prospettiva ci si sta muovendo nell'ambito del sistema del giudice di pace: quella della valorizzazione, in luogo della pena, esclusa dall'estinzione del reato, delle “condotte post-delittuose di riconciliazione con la vittima (dove il colpevole è soggetto attivo, paga il suo debito con la giustizia, non subendo la pena, ma attivandosi a favore dell'offeso)”.⁴³²

⁴²⁸ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 124 s.

⁴²⁹ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 319; D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 121; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1006.

⁴³⁰ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 150. Cfr. altresì R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 319.

⁴³¹ Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 345.

⁴³² Le parole di G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 150, già offrono una diversa lettura del contrasto da lui riscontrato. Cfr. anche A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 332 s.

Le condotte riparatorie, quindi, possono rendere la pena – e prima ancora, potremmo dire, il processo – non necessaria, in considerazione delle finalità alle quali riescono autonomamente ad assolvere; ne rappresentano un equivalente funzionale.⁴³³ A differenza però di quanto, come abbiamo visto, sembra avvenire nell'ordinamento tedesco, entro gli ampi confini delle due diverse ipotesi (riparazione del fatto/riparazione del danno) contemplate in via alternativa dal § 46a StGB, la riparazione di cui si discute, in questo particolare contesto, pare mantenere costantemente un carattere riconciliativo, nel senso che quello che l'autore del fatto deve cercare, in fondo, è sempre una ricomposizione con la vittima/persona offesa, attraverso un insieme di condotte positive.⁴³⁴ Per mezzo dell'istituto “si restituisce valore alla figura dell'offeso”, non attraverso il riconoscimento di un suo potere di iniziativa, ma attraverso la valutazione del soddisfacimento del suo interesse.⁴³⁵ Del resto, come è stato ben rilevato, proprio in relazione ai reati che esprimono forme di conflittualità interindividuale, la riparazione e l'eliminazione delle conseguenze del reato (materiali e morali) possono risultare, per la loro verosimile gravosità, tutt'altro che prive di efficacia intimidativa e risocializzante.⁴³⁶

Tenendo conto dello spirito che anima la riforma del giudice di pace è chiaro allora che il giudice, lasciando da parte considerazioni di carattere generale, non può eludere l'attenta considerazione dell'interesse della persona offesa, né della sua effettiva ed integrale soddisfazione, pur senza enfatizzarli oltre misura.⁴³⁷ Egli deve delicatamente privilegiare un criterio “fondato sull'idoneità del “ravvedimento operoso” a realizzare un'adeguata composizione del conflitto ingenerato dal

⁴³³ Cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 120.

⁴³⁴ M. PAVONE, *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, cit., 198; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 49.

⁴³⁵ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332.

⁴³⁶ P. BRONZO, E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., 48 s. In parziale critica: A. BERNARDI, *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, cit., 131.

⁴³⁷ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 375; A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1006; D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 350. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 112, distingue invece i reati contro il patrimonio dai reati contro la persona. La riparazione dei secondi, secondo lui, non dovrebbe mai prescindere da una valutazione di adeguatezza da parte della vittima: “Come negare alla vittima di un reato che colpisce beni della persona il diritto a ottenere un'affermazione di responsabilità, anche se seguita da una pena mite?”. Cfr. anche F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 351, dove egli più moderatamente si limita ad affermare che va scongiurato l'abuso del potere di estinzione quando l'offesa non riguardi beni patrimoniali.

reato”.⁴³⁸ Questa peculiare modalità di definizione alternativa del procedimento, in qualche misura, “può vedersi come conclusione di un *iter* conciliativo, che non sia pervenuto ad una compiuta soluzione consensuale, ma a seguito del quale il giudice sia in grado di stabilire il giusto punto di *contemperamento* delle opposte esigenze”.⁴³⁹

A tale riguardo, del resto, basti ricordare il rigido rapporto che si instaura tra le due principali fasi di valutazione giudiziale che caratterizzano l’art. 35 c.p.

Nonostante qualche autore abbia tentato di ricondurre le due operazioni descritte dalla norma nell’ambito di un giudizio complessivo, finalisticamente orientato a cogliere la valenza punitiva della riparazione stessa, riconoscendo rilevanza anche ad un risarcimento parziale, purchè spontaneo e giustificato dalle possibilità economiche, non vi è dubbio che, in base al dato normativo, il giudice di pace sia tenuto ad accertare prima la riparazione integrale e poi l’“equivalenza sanzionatoria” della condotta.⁴⁴⁰

Così, come la giurisprudenza su cui ci soffermeremo ha affermato, può essere preso in considerazione solo il risarcimento e l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in misura integrale⁴⁴¹ e, coerentemente con quanto già argomentato, la volontà della vittima finisce per assumere un peso, ancorchè non decisivo, comunque rilevante nel condizionare la valutazione del giudice.⁴⁴²

Nel sistema di cui si discute, la vittima ha un ruolo così importante da non poter essere dimenticato neppure in questa sede. Utilizzando il linguaggio caro ad

⁴³⁸ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1008.

⁴³⁹ L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 145. V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 374, evidenzia come, infatti, nel testo definitivo l’istituto sia stato esteso a tutti i reati di competenza del giudice di pace e non solo a quelli procedibili d’ufficio. Cfr. anche G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 128.

⁴⁴⁰ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 153 s.

⁴⁴¹ Non si condivide pienamente quanto afferma R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182, che evidenzia come, se la funzione della norma fosse stata quella conciliativa, la compiutezza della riparazione non sarebbe stata necessaria, dovendosi ritenere sufficiente l’essersi adoperati in modo efficace per raggiungere una conciliazione, salvo poi rilevare che la disposizione è ispirata ad un *favor reparandi*.

⁴⁴² Addirittura determinante nella lucida ricostruzione di G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 154, alla quale ci si è significativamente riferiti.

una certa dottrina, possiamo affermare che il “paradigma compensatorio” qui non si piega ancillarmente alle ragioni del “paradigma correzionale”.⁴⁴³

L’unica precisazione che ci sembra ancora necessario formulare (anche se nell’ambito degli specifici reati attribuiti alla competenza del giudice di pace non pare sempre così rilevante) attiene ai destinatari della riparazione risarcitoria: solo la persona offesa danneggiata o tutti i danneggiati, secondo un’ampia concezione, sempre più diffusa (anche sulla scorta dei documenti sovranazionali) della nozione di vittima? Se non vi è dubbio alcuno sulla necessità di tener distinti i concetti di danno civile e di danno criminale nonostante, anche in questo caso, il legislatore non sia sempre preciso nell’utilizzarli, la già descritta particolare attenzione che è rivolta, in generale, dal sistema del giudice di pace alla persona offesa, portatrice di “interessi penali”,⁴⁴⁴ e non, invece, al semplice danneggiato,⁴⁴⁵ può fornire un utile criterio interpretativo, coerente con la tratteggiata natura intrinsecamente penale della giustizia riparativa e con la stretta relazione esistente tra la riparazione ed il piano dell’offesa.⁴⁴⁶

L’integralità del risarcimento deve riguardare i danni civili subiti dalla persona offesa, che, del resto, il più delle volte coincide con il danneggiato in ipotesi di fattispecie di microconflittualità individuale,⁴⁴⁷ mentre, per quelli subiti da terzi, sempre che si siano già costituiti parte civile, un impegno risarcitorio integrativo potrebbe ben essere valorizzato nel giudizio di equivalenza sanzionatoria, senza però che il giudice di pace sia chiamato a spingersi fino alle conseguenze più estreme dell’integralità.⁴⁴⁸

⁴⁴³ M. PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 17.

⁴⁴⁴ N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità “per particolare tenuità del fatto”*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 146.

⁴⁴⁵ Come già ricordato, sul punto è critica la posizione di A. SCALFATI, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, cit., 1185.

⁴⁴⁶ Cfr. in questo senso, nell’ambito dell’attenuante dell’art. 62 n. 6: Cass., 7 novembre 2000, n. 702, in *Cass. pen.* 2002, 1393, che si riferisce unicamente ai “danni provocati a persone offese non costituite in giudizio o non identificate”.

⁴⁴⁷ G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, cit., 78 ss. L’autore invita a non farsi sopraffare dalle suggestioni che vengono dalla criminologia e dalle fonti sovranazionali e che rendono indistinti i confini tra le varie figure di cui si discute.

⁴⁴⁸ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 248 s., del resto, evidenzia come anche con riferimento all’attenuante del risarcimento, titolare della pretesa risarcitoria sia la persona offesa. Cfr. Cass., 29 settembre 1994, in *Giust. pen.* 1995, II, 344.

E' pur vero che l'art. 35 d.lgs. 274/2000, nell'elencare le parti che il giudice di pace deve sentire prima della pronuncia, si riferisce ad una persona offesa solo "eventuale" e ciò ha fatto sorgere dei dubbi in dottrina sulla corretta cognizione, da parte del legislatore, del concetto di "persona offesa",⁴⁴⁹ ma questa precisazione normativa va riferita esclusivamente al fatto che la persona offesa potrebbe non essere presente all'udienza in cui la sentenza viene pronunciata.

4.5 L'istituto al vaglio della giurisprudenza: alcuni orientamenti e dati applicativi

Nell'analizzare la disciplina delle condotte riparatorie, abbiamo rapidamente fatto cenno all'ambiguità dell'istituto, che non riesce a far emergere chiaramente la sua *ratio*, oggettiva o soggettiva, e presenta una natura composita.⁴⁵⁰

Tuttavia, quanto all'integralità ed all'effettività della riparazione, non sembra proprio che residuino dubbi in giurisprudenza. E' stato affermato anche di recente che l'eliminazione delle conseguenze dannose e la delibazione sull'idoneità del risarcimento a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione richiamate dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 sottolineano la richiesta legislativa di caratteristiche del risarcimento ancora più ampie e totali di quelle necessarie per la concessione della mera attenuante dell'art. 62 c.p., comma 1, n. 6, che già impone la riparazione totale del danno mediante risarcimento.⁴⁵¹ Allo stesso tempo, è stato ribadito che l'offerta deve essere seguita dal versamento o dalla messa a disposizione della somma, non essendo sufficiente una proposta verbale formulata prima dell'udienza.⁴⁵²

Nonostante, in alcune sentenze più recenti – prendendo in considerazione la finalità conciliativa che caratterizza il sistema del giudice di pace – si ponga correttamente l'accento sulla volontà della persona offesa anche al fine di valutare la

⁴⁴⁹ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 122.

⁴⁵⁰ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526.

⁴⁵¹ Cass., 25 ottobre 2011, n. 38707, in *Dir.pen.proc.*, 2012, 341. Nello stesso senso, a favore dell'integralità della riparazione cfr. Cass., 18 giugno 2008, n. 36516, in *Giudice di pace*, 2008, 4, 352.

⁴⁵² Cass., 7 novembre 2011, n. 40096, in *Dir.pen.proc.*, 2012, 341.

congruità della riparazione,⁴⁵³ l'impressione generale che si ha, leggendo alcune pronunce che hanno condiviso il citato principio di diritto fondato sul tenore letterale dell'art. 35 e su ragioni di sistema già indagate, è quella di una considerazione spesso superficiale di una problematica delicatissima: quella della corretta liquidazione del danno civile, secondo criteri che possano consentire di verificare l'integralità del risarcimento intervenuto.

Al di là delle pur complesse questioni attinenti al danno patrimoniale,⁴⁵⁴ abbiamo già sottolineato, in generale, come la liquidazione del danno civile non patrimoniale, entro il quale rientra anche il danno morale, sia necessariamente caratterizzata da criteri di equità, non sussistendo indici automatici di liquidazione del relativo pregiudizio,⁴⁵⁵ e come essa debba essere adeguatamente personalizzata, tenendo conto delle sofferenze patite dall'offeso, ma anche, secondo taluno, della gravità dell'illecito.⁴⁵⁶

L'istituto di cui si discute dovrebbe poi applicarsi, auspicabilmente, in una fase molto anticipata del procedimento, quando ancora non è stata svolta attività istruttoria, e ciò non può che ostacolare ulteriormente la valutazione operata dal giudice.⁴⁵⁷

Così se, sulla scorta della richiesta integralità, non sono mancate affermazioni soprattutto dottrinali favorevoli alla preclusione dell'azione civile per vantare le medesime ragioni economiche vagliate in sede penale,⁴⁵⁸ è nettamente preferibile una

⁴⁵³ Cfr. anche Cass., 26 gennaio 2010, n. 10673, in Ced Cassazione 2010. Appare criticabile e privo di supporto normativo, tuttavia, il cenno operato in Cass., 25 ottobre 2011, n. 38707, cit., 341, alla possibilità di considerare ragionevolmente inidoneo ad integrare la causa estintiva un risarcimento di importo inferiore rispetto a quanto domandato dalla parte lesa. Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 348, che, sul punto, mette in guardia dal rischio di assolutizzare il fine conciliativo, ammettendo l'elezione delle richieste risarcitorie formulate dalla parte civile a parametro dominante del giudizio di idoneità delle condotte riparative. Si afferma infatti (S. TURCHETTI, *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, cit., 7896 s.), al contrario, che, in ipotesi di accordo transattivo, la declaratoria di estinzione non è automatica.

⁴⁵⁴ Come evidenzia H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 298, si possono verificare dei casi in cui un lieve fatto colposo può avere come conseguenza un notevole danno patrimoniale.

⁴⁵⁵ Cfr. anche Cass., 28 settembre 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 1358.

⁴⁵⁶ Sul punto ci siamo soffermati nel secondo capitolo del presente lavoro. Cfr. altresì D. NOTARO, *Gli effetti civili del reato*, cit., 552.

⁴⁵⁷ Non si capisce, allora, perchè D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 348 richieda un accertamento severo e completo della sussistenza e misura del danno scaturente dal reato, in luogo di un accertamento serio, ma "allo stato degli atti".

⁴⁵⁸ E. ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, cit., 857; D. BIANCHI, *Sull'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento per avvenuta riparazione del danno ex art. 35 d.lgs. 274/2000* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

conclusione diversa, che tenga conto delle riflessioni svolte sui riflessi processuali dell'inquadramento dell'istituto nell'ambito delle cause estintive e delle norme che disciplinano il rapporto tra una pronuncia che dichiara in sede penale l'estinzione del reato ed il procedimento civile susseguente, eventualmente attivato per ottenere il risarcimento del danno da reato.

In forza dell'art. 198 c.p. infatti non sembrano sussistere dubbi: l'estinzione del reato o della pena non importa il venir meno delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che non si tratti di quelle solidali di cui agli artt. 196 e 197 c.p.⁴⁵⁹ Come abbiamo visto, inoltre, alla luce del fatto che, quanto all'accertamento del reato estinto, non è necessario che esso esista perché venga dichiarata l'estinzione, in sede civile il giudice dovrà integralmente ed autonomamente valutare il fatto in contestazione.⁴⁶⁰

La conclusione contraria ad ogni preclusione, che può essere altresì supportata da considerazioni attinenti ai già illustrati limiti istruttori che incontra il magistrato onorario in una fase anticipata del procedimento ed al fatto che la persona offesa non può impedire la pronuncia *ex art. 35*,⁴⁶¹ è confermata dalla giurisprudenza. Di recente, la Cassazione ha affermato che una sentenza del giudice di pace che si fonda sull'accertamento della congruità del risarcimento offerto ai soli fini

⁴⁵⁹ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit., 198.

⁴⁶⁰ D. BIANCHI, *Sull'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento per avvenuta riparazione del danno ex art. 35 d.lgs. 274/2000*, cit., 1 ss. L'Autore ricorda altresì l'orientamento fatto proprio da Cass., 18 febbraio 2010, 3903, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 234 "Il principio secondo cui, nel caso di sentenza di estinzione del reato per amnistia, il giudice civile, adito per il risarcimento del danno, conserva la piena facoltà di ricostruire il fatto e di accertare, ai fini dell'art. 2059 c.c., se in esso ricorrano gli elementi costitutivi del reato, incontra un limite quando nel giudizio penale sia stato necessario un accertamento di merito per l'applicazione della amnistia, come nell'ipotesi in cui l'amnistia è la conseguenza dell'esclusione di circostanze aggravanti o del giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti", oggi però superato dalle Sezioni Unite Civili con la sentenza Cass., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 523: "In tema di giudicato, la disposizione di cui all'art. 652 c.p.p., così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 dello stesso codice costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile e non è, pertanto, applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. Ne consegue che soltanto la sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima), pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre le sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non hanno alcuna efficacia extrapenale, a nulla rilevando che il giudice penale, per pronunciare la sentenza di proscioglimento, abbia dovuto accertare i fatti e valutarli giuridicamente. Ne consegue, altresì, che, nel caso da ultimo indicato il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione".

⁴⁶¹ F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 87.

dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 d.lgs., con valutazione operata allo stato degli atti, senza alcuna istruttoria e con sentenza predibattimentale, non può produrre alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile. L'art. 652 c.p.p. prevede che solo la sentenza di assoluzione pronunciata in giudizio, in seguito a dibattimento, per insussistenza del fatto, mancata commissione dello stesso da parte dell'imputato o ricorrenza di un'esimente abbia efficacia di giudicato nell'eventuale giudizio civile di responsabilità che la parte civile può instaurare nei confronti dell'imputato: “nell'eventuale giudizio civile di danno la parte civile non può risentire alcun pregiudizio dalla sentenza di proscioglimento intervenuta nella specie”.⁴⁶²

Da ultimo, non appare secondario uno sguardo sui dati di applicazione dell'art. 35, anche se molto limitati e frammentari, per cercare di capire la reale portata della novità che è stata introdotta.

Stante la difficoltà di reperire delle statistiche complete ed aggiornate, su scala nazionale, che interessino la competenza del giudice di pace⁴⁶³, qualche considerazione sarà riservata anche all'esperienza della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, come utile punto di riferimento.

I numeri relativi all'applicazione dell'istituto che sono a disposizione dimostrano, a chiare lettere, che il ricorso ad esso è stato prudente, anche se non può dirsi trascurabile.

Su scala nazionale le percentuali, rispetto al numero dei procedimenti definiti a seguito del rinvio a giudizio, di casi di applicazione dell'art. 35 d.lgs. 274/000, nei primi tre anni di vigenza della riforma (1,81% nel 2002; 0,95% nel 2003 e 1,12 nel 2004), sono leggermente più basse rispetto a quelle recenti (1,90% nel

⁴⁶² Cass., 26 gennaio 2011, n. 15619, in Ced Cassazione 2011. Cfr. anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 438.

⁴⁶³ Gli ultimi dati pubblicati si riferiscono al 2004, mentre i successivi dati raccolti sono parziali, riferendosi unicamente al 2009 e, anche se provvisori, al 2010. I dati nazionali pubblicati sono stati resi noti dal prof. F. Giunta in seno al Convegno tenutosi a Trento il 18 ed il 19 novembre 2005 e forniti dalla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, (in F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 101 s.). Essi sono stati elaborati attraverso un confronto con il numero complessivo dei procedimenti definiti prima e dopo l'esercizio dell'azione penale, davanti al giudice di pace, pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia. I dati relativi al 2009, definitivi, e quelli relativi al 2010, provvisori, sono stati forniti dalla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, su interessamento della dott.ssa Konstanze Jarvers del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. I dati regionali, invece, sono stati raccolti ed elaborati dalla Facoltà di Giurisprudenza sulla base delle comunicazioni che i giudici di pace fanno alla Direzione generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, messe gentilmente a disposizione dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, grazie alla collaborazione della dott.ssa Antonia Tassinari.

2009 e 2,08% nel 2010), evidenziando una progressiva crescita nel ricorso all'istituto.

Nel territorio regionale, invece, grazie al contributo apportato da una campagna formativa costante - promossa dalla Regione in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - che ha riguardato anche le problematiche poste da tale modalità di definizione alternativa del procedimento, si è assistito ad un'evoluzione più incoraggiante nel ricorso alla norma, testimoniata dai dati applicativi percentuali: 0,67 % nel 2002, 0,29% nel 2003, 0,39% nel 2004, 0,85% nel 2005, 2,80% nel 2006, 3,98% nel 2007, 4,34% nel 2008, 4,21% nel 2009 e 4,56% nel 2010.

Come abbiamo sottolineato, l'istituto pone infatti questioni molto complesse sul piano teorico, valutazioni "assai ardue ed impegnative",⁴⁶⁴ ed è fondamentale che il magistrato, soprattutto se onorario, sia ben supportato nell'approccio ad esso, maturando una familiarità che si può meglio ottenere, come pare essere avvenuto soprattutto nel contesto regionale, con il tempo e la preparazione.

Questi dati, però, per meglio essere compresi, debbono essere confrontati con quelli relativi all'applicazione dell'art. 34 – norma su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo – e, per quanto disponibili, con quelli concernenti la conciliazione/remissione di querela.

In fase processuale, a livello nazionale, si assiste alla definizione per particolare tenuità del fatto in una percentuale sempre bassa, che al massimo supera di poco l'1% dei casi: 1,08% nell'anno 2002; 0,95% nell'anno 2003; 0,44% nel 2004; 0,66% nel 2009 e 0,64% nel 2010.

Non sensibilmente diversa è l'esperienza del Trentino-Alto Adige, dove si riscontra un andamento altalenante (ma con percentuali sempre molto basse) nell'applicazione dell'istituto nel corso del tempo: a fronte dello 0,27% del 2002, che diventa 0,51% nel 2003 e 0,35% nel 2004, si ritrova lo 0,37% nel 2005, 0,73% nel 2006, 1,30% nel 2007, ma soltanto 0,37 nel 2008, 0,92 nel 2009 e, di nuovo, 1,33% nel 2010.

⁴⁶⁴ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 111.

Come avremo modo di evidenziare, il potere di veto qui riconosciuto alla vittima in fase dibattimentale svolge un ruolo decisivo.⁴⁶⁵

Per comprendere appieno i dati relativi alla riparazione, però, può essere utile almeno segnalare come siano veramente significative le, pur poche, informazioni acquisite in merito ai numeri della conciliazione (sia formalizzata davanti al giudice, che davanti alla polizia giudiziaria, con la remissione della querela).

I limitati, ma indicativi, riferimenti positivi reperiti su scala nazionale e riferentesi al 2009 ed al 2010 (55,94%, nel primo caso, e 49,13%, nel secondo) sono addirittura enfatizzati da quelli locali (da 2,72% del 2002, si è passati a 14,40% nel 2003, 23,46% nel 2004, 63,66% nel 2005, 66,18% nel 2006, 63,23% nel 2007, 62,94 nel 2008, 62,25 nel 2009 e, con una lieve diminuzione, 60,70% nel 2010) ed evidenziano un grande successo della conciliazione.⁴⁶⁶

Sebbene questo ultimo epilogo (essendo comunque previsto per i reati perseguibili a querela) non costituisca un valore aggiunto rispetto alla funzione caratteristica della deroga alla procedibilità d'ufficio,⁴⁶⁷ i dati riportati sollecitano una riflessione supplementare, che tenga conto dell'art. 35.

Se, normalmente, la vittima querelante detiene nei confronti del reo un potere insuperabile, nel microsistema di pace il giudice, espressione dell'autorità pubblica, può intervenire in funzione di garanzia. Non è allora da escludere come anche la sola esistenza, "a chiusura" del modello conciliativo, di un istituto quale l'art. 35 d.lgs. 274/2000 – applicato dai giudici di pace, dopo un inevitabile momento di assestamento, in modo consapevole e "prevedibile", così da incoraggiare un maggior ricorso ad esso – possa aver rappresentato uno stimolo importante nel favorire la remissione della querela stessa, a fronte di effettive condotte riparatorie

⁴⁶⁵ Per ragioni di completezza, si riportano anche i pochi dati disponibili relativi all'applicazione dell'art. 34, in fase di indagini, che non sono comunque molto incoraggianti: il numero delle archiviazioni ex art. 34, rispetto al numero complessivo delle definizioni in fase di indagini su scala nazionale, è pari all'1,70% dei casi nel 2002, al 2,34 % nel 2003 ed all'1,67% nel 2004. In Trentino-Alto Adige i dati sono ancora più scoraggianti, ad eccezione che per l'anno 2006: 0,75% nel 2002, 0,17% nel 2003, 0,98% nel 2004, 0,60% nel 2005, 1,65% nel 2006 e 0,60% nel 2007. Nel 2008 si assiste ad una nuova crescita (1,04%), più rilevante ancora nel 2010 (1,74%), dopo un calo nel 2009 (0,9%).

⁴⁶⁶ E' positivo anche il giudizio di E. GALLUCCI, *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 50.

⁴⁶⁷ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 101.

poste in essere dall'indagato o dall'imputato.⁴⁶⁸ La consapevolezza nel querelante, adeguatamente assistito da un legale, della sottrazione dell'entità della prestazione al "free bargaining delle parti"⁴⁶⁹ e della possibilità che il procedimento venga comunque definito anticipatamente, di fronte a strumentalizzazioni, pretese ingiustificate o forme di ricatto,⁴⁷⁰ può averlo dissuaso dall'insistere.

Questo modello, che merita di essere ulteriormente indagato sul piano applicativo, appare estremamente interessante. Esso può rappresentare un primo, timido, tentativo di riequilibrio delle forze private, nell'ambito di un auspicabile, più ampio ed ambizioso obiettivo di educazione della vittima per la neutralizzazione di istanze di vendetta meramente irrazionali;⁴⁷¹ un modello capace allo stesso tempo di produrre rapidamente effetti positivi sul sistema giudiziario.

5. Giustizia riparativa e particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): il ruolo della persona offesa

Riteniamo che l'analisi degli spazi riconosciuti ad istituti ispirati alla giustizia riparativa nell'ambito della giurisdizione di pace si debba concludere con qualche cenno ad uno strumento molto peculiare, delineato dall'art. 34: la particolare tenuità del fatto.

Sebbene, infatti, anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità, che il giudice di pace può irrogare, possa stimolare una proficua riflessione sulla problematica del rapporto tra la *restorative justice* e la pena, attraverso la valorizzazione della dimensione costruttiva e risocializzante dell'impegno in luogo di quella passiva della punizione tradizionale,⁴⁷² le considerazioni da svolgere ci

⁴⁶⁸ La remissione della querela e l'art. 35 d.lgs. 274/2000, così, non vanno considerati quali istituti in concorrenza tra loro, come emerge da R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 188, ma, in qualche misura, coordinati.

⁴⁶⁹ A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 995.

⁴⁷⁰ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 105 sottolinea come, nella prassi, la remissibilità della querela possa funzionare da strumento di ricatto.

⁴⁷¹ Cfr., sul punto, le osservazioni di M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954.

⁴⁷² C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 187.

porterebbero troppo distanti dallo studio che stiamo conducendo sugli strumenti della giustizia riparativa come mezzo per favorire una definizione alternativa dei conflitti penali, senza ricorrere alla pena stessa, anche quando, come è auspicabile, essa assume una fisionomia particolarmente innovativa.

A prescindere dagli studi in cui tenuità e comportamento riparatorio vengono fusi in un unico disegno, secondo la lettura – che appare poco condivisibile – per cui un’attività di riparazione potrebbe contribuire a trasformare l’illecito compiuto in un fatto bagatellare,⁴⁷³ riteniamo che l’art. 34 d.lgs. 274/2000 debba essere almeno rapidamente considerato in questo contesto in quanto, in una prospettiva molto particolare, esso riconosce alla vittima un ruolo significativo, potendo questa interdire o almeno ostacolare, per quanto riguarda la fase delle indagini, la dichiarazione di improcedibilità, pur in presenza di tutti gli altri presupposti di esiguità.

5.1. Particolare tenuità del fatto: i presupposti

L’istituto, che può considerarsi un’ulteriore espressione del principio di *extrema ratio* del diritto penale,⁴⁷⁴ come evidenzia la stessa Relazione al d.lgs. 28 agosto 2000, si fonda sulla concezione del reato “come un’entità graduabile, proprio nella sua dimensione quantitativa, apprezzabile non solo sul terreno della commisurazione della sanzione, ma anche sotto il profilo dell’*an* della responsabilità.”⁴⁷⁵

L’art. 34 presuppone, infatti, l’esistenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma tuttavia segnato da una generale esiguità lesiva (evidenziata dalla tenuità del danno o del pericolo e dal grado della colpevolezza) e affiancato, come

⁴⁷³ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, cit., 197. Come evidenziava C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 750, esula dal fatto bagatellare, a rigore, la spontanea restaurazione, in cui il postfatto entri come controvalore successivo atto a compensare, rendendolo esiguo, il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto precedente.

⁴⁷⁴ R. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 102.

⁴⁷⁵ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6. Sul punto cfr., altresì, compiutamente C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 695 ss., nonché F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, cit., 174.

vedremo, da ulteriori requisiti (occasionalità, pregiudizio arrecato dal processo, mancato interesse/mancata opposizione della persona offesa).⁴⁷⁶

Come autorevolmente descritto, in questo contesto viene in rilievo un “reato bagatellare improprio”, che, a differenza del “reato bagatellare proprio”, privo di un significativo disvalore penale già in astratto e come tale degradabile dal legislatore una volta per tutte ad illecito amministrativo, si caratterizza per essere un “sottotipo” di un reato che in astratto non è privo di rilievo, ma che nella sua dimensione concreta assume un disvalore penale esiguo, rilevabile sulla base di appositi indici di esiguità: si tratta della “manifestazione bagatellare di schemi di comportamento normalmente gravi”.⁴⁷⁷

Si potrebbe affermare che per la prima volta, nel diritto penale degli adulti, il principio di esiguità ha trovato un riconoscimento normativo: il reato che, secondo determinati presupposti, presenta una gravità minima, che non giustifica l'intervento della sanzione penale, non deve essere punito⁴⁷⁸ e, prima ancora, nella prospettiva che abbiamo provato già a tratteggiare – come nel sistema del giudice di pace si afferma in chiave deflattiva attraverso l'elaborazione di una ipotesi di improcedibilità, o come è stato autorevolmente sostenuto, anche a prescindere da questa, attraverso il ricorso all'archiviazione in presenza di una causa di non punibilità per tenuità⁴⁷⁹ – non deve aggravare il carico giudiziario, consentendo una

⁴⁷⁶ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 328; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 418. Come precisano C. PONGILUPPI C., *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 236 e G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Leg. Pen.*, 2001, 194, nel diritto minorile si parla impropriamente di “irrelevanza”, mentre si dovrebbe parlare di “rilevanza minima” o di tenuità. R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 176 evidenzia come il fatto esiguo, a differenza di quello inoffensivo, sia comunque sempre illecito e come tale capace di produrre conseguenze sanzionatorie extrapenali.

⁴⁷⁷ C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 648. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: *frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, cit., 336 s.; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173 s.; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 124.

⁴⁷⁸ Cfr. C. PONGILUPPI, *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, cit., 3.

⁴⁷⁹ Cfr. la Relazione alla bozza (21 febbraio 2008) di delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale elaborata dalla Commissione Riccio - in senso alla quale si ipotizzava di introdurre un istituto che disciplinasse la particolare tenuità del fatto nel sistema generale (in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_13&contentId=NOL2148) - in cui si afferma: “In primo luogo, si doveva decidere se configurare la tenuità del fatto come causa di

deviazione – o più propriamente interruzione – dalla normale sequenza degli atti del procedimento penale.⁴⁸⁰

esclusione della *punibilità* (secondo il modello già normativamente sperimentato in ambito minorile) oppure come causa di esclusione della *procedibilità* (secondo il modello già normativamente sperimentato nell'ambito del procedimento di pace). In secondo luogo, si trattava di stabilire se consentire la declaratoria di tenuità del fatto anche in sede di archiviazione della notizia di reato o soltanto in ambito processuale (*id est*, con sentenza): in altre parole, se configurare o meno la modesta offensività della condotta come una causa di legittima desistenza dall'esercizio dell'azione penale. Si tratta, è bene precisarlo, di due variabili indipendenti: in quanto causa di improcedibilità, è scontato che la modesta offensività della condotta criminosa avrebbe potuto e dovuto essere annoverata tra i presupposti di legittima rinuncia alla *potestas agendi*; ma la scelta di configurare la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità non impedisce di prevedere che la tenuità venga ugualmente dichiarata con archiviazione” (è necessario precisare del resto, più in generale, che si volevano modificare, rispetto al c.p.p. vigente, i presupposti per la richiesta di archiviazione, prevedendo esclusivamente il “potere-dovere del giudice di disporre, su richiesta del pubblico ministero, l'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato o per insostenibilità dell'accusa in giudizio, anche per la particolare tenuità del fatto”, al fine di comprendere chiaramente, senza ambiguità, non solo le “fattispecie di “infondatezza” in senso stretto della notizia di reato”, ma anche “le ipotesi attualmente disciplinate dall'art. 411 c.p.p. (improcedibilità, estinzione del reato, non previsione del fatto come reato),” nonché, in generale “tutte le ipotesi di prevedibile esito abortivo dell'imputazione, quale che sia la formula di proscioglimento che si presume verrebbe adottata in sede processuale”); nonché sul punto molto chiaramente: F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496 ss. In questo senso, peraltro, sembrano orientati anche i più recenti disegni di legge volti ad introdurre nel sistema generale l'istituto della particolare tenuità, come causa di non punibilità che tuttavia può consentire pacificamente anche l'archiviazione, con una riforma dell'art. 125 att. c.p.p., ed essere dichiarata immediatamente ex art. 129 c.p.p.: cfr. Disegni di legge XVI Legislatura S. 2961, “Norme in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale” (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/37474.htm); C. 1106, “Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, tenuità del fatto, recidiva e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie” (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/31419_testi.htm); C. 2094, “Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto” (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/33089.htm); S. 2374, “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di non punibilità per irrilevanza del fatto” (in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/35908_testi.htm). Bartoli (R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1495 s.), in realtà, evidenzia come già ora, secondo un'opinione che va sempre più consolidandosi in dottrina, il pubblico ministero possa richiedere l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato in tutti i casi in cui, ove si fosse alla chiusura dell'udienza preliminare, il giudice pronunciarebbe sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. Cfr. altresì D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, cit., 69. L'opinione, però, non è affatto pacifica, come dimostrano le proposte di riforma citate nonché C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della “tenuità del fatto”*, cit., 746. Cfr. criticamente G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, 239 ss.

⁴⁸⁰ Sulla natura giuridica della clausola sia consentito rinviare a E. MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, cit., 52 ss. Basti qui evidenziare che l'istituto è solo in apparenza processuale, “essendo in realtà valorizzato dal legislatore in una prospettiva sostanziale” (L. PICOTTI, *Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 144; F. SGUBBI, *L'irrilevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 162). La valutazione della tenuità non può prescindere dalla verifica della sussistenza di un fatto - riconducibile ad una

L'istituto in esame non costituisce tuttavia una novità assoluta nel panorama legislativo italiano, se si allarga l'orizzonte fino a comprendervi il processo minorile, dove, all'art. 27 D.P.R. 448/1988, primo comma, si prevede che durante le indagini preliminari il pubblico ministero, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento e l'ulteriore corso del procedimento può recare pregiudizio alle esigenze educative del minore, abbia la facoltà di chiedere al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto. I commi successivi disciplinano i profili processuali, prevedendo per esempio che il giudice provveda sulla richiesta in camera di consiglio sentiti il minore, l'esercente la potestà dei genitori e la persona offesa, e che la sentenza possa essere pronunciata d'ufficio anche in udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato.⁴⁸¹

fattispecie criminosa, perfetta in tutti i suoi elementi - anti-giuridico e colpevole; essa esige una valutazione di merito, ancorata a criteri. Le ordinarie condizioni di procedibilità, invece, prescindono del tutto da una verifica di fondatezza dell'addebito e comportano mere constatazioni. Quindi, secondo buona parte della dottrina, l'inquadramento di questo istituto tra le cause di non punibilità sarebbe risultato più confacente alle sue caratteristiche, con l'effetto di escludere anche alcuni problemi (applicazione dell'art. 345 c.p.p.) posti dalla qualificazione del medesimo come ipotesi di improcedibilità (N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 221). Cfr. altresì G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 428 e C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 328, 334, anche in merito al rapporto con l'art. 27 D.P.R. 448/1988, istituto costruito come causa personale di esenzione dalla pena, ma con possibilità di applicazione nel corso delle indagini, attraverso un peculiare subprocedimento. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, cit., 339; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 319; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, cit., 1137, che sembra tuttavia riferirsi, in un punto, non del tutto condivisibilmente, ad un'"autentica improcedibilità", quando poi (1143) afferma invece che, in ipotesi di improcedibilità, la cognizione si arresta ad uno stadio (dovere di procedere) del tutto prodromico, prima del momento a partire dal quale, solamente, il giudice può assumere che se anche vi fosse un colpevole il reato sarebbe, in ogni caso, estinto. R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 101, si sofferma sulla duplice funzione economica dell'istituto: quella processuale e quella della pena. D. VICOLI, *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, cit., 59, parla di una collocazione sistematica che riflette una spiccata tendenza ad attuare strategie di economia processuale. G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 195, afferma che sarebbe singolare e contrastante con i principi di economia processuale costruire "un modello di risposta ai fatti connotati da un accentuato livello di "esiguità", il quale non si accompagnasse a determinate forme di accelerazione del processo".

⁴⁸¹ A tale riguardo è intervenuta la Corte Costituzionale (Corte Cost., 9 maggio 2003, n. 149, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6017>) dichiarando l'illegittimità della disciplina nella parte in cui prevede che la sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto possa essere pronunciata solo nell'udienza preliminare, nel giudizio immediato e nel giudizio direttissimo. Cfr. C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 326; ID., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., 737; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 175; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in M. CHIAVARO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 298; G. DI CHIARA,

E' importante, però, non eccedere nella ricerca delle similitudini, perché, innanzitutto, davanti al giudice di pace non è in gioco l'educazione di un minore, ma hanno rilievo interessi confliggenti, facenti capo all'autore del reato, alla vittima e alla collettività.⁴⁸²

Nel sistema degli adulti, poi, il giudice di pace e, prima di lui, il pubblico ministero, per poter decidere che l'esercizio dell'azione penale o il proseguimento del procedimento non sono giustificati per ragioni di "esiguità", devono tener conto di molti più indici: ad una tecnica di tipizzazione della norma più sfumata, con presupposti più generici,⁴⁸³ nel contesto minorile, se ne contrappone una "più attenta alle esigenze di tipizzazione delle fattispecie bagatellari",⁴⁸⁴ in quello del giudice di pace.

Nella norma in esame non si è infatti ricorsi ad una formulazione sintetica, ma si è invece dipinto un panorama variegato di criteri interni ed esterni al fatto ed all'autore, che la dottrina e gli operatori del diritto si trovano ad interpretare.⁴⁸⁵

Come la giurisprudenza ha affermato a chiare lettere, l'applicabilità dell'istituto non va apprezzata avendo riguardo solo all'esiguità del danno o del pericolo che è derivato dal reato, ma esige la concorrente sussistenza degli ulteriori indici normativi, costituiti dall'occasionalità della condotta, dal basso grado di colpevolezza e dall'eventuale pregiudizio sociale per l'imputato, che sono collocati

Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 317 ss.

⁴⁸² L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive, cit., 144.*

⁴⁸³ Il "fatto" di cui all'art. 27, ad esempio, ingloba una svariata quantità di contenuti e la sua tenuità può cogliersi in elementi disparati: le conseguenze, i mezzi usati, il fine avuto di mira, la situazione concreta, il contributo dato al concorso di persone nel reato. In questo contesto possono anche essere recuperati gli elementi raccolti con gli accertamenti sulla personalità del minore, visto che manca una considerazione separata dell'elemento soggettivo del reato. Le critiche alla genericità non sono affatto mancate: G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 340.* Cfr. C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto", cit., 738; ID., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale, cit., 234, 242.**

⁴⁸⁴ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace, cit., 219.*

⁴⁸⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento, cit., 176* si sofferma sull'alternativa tra formulazione analitica e sintetica della clausola, sottolineando come, con la seconda, ai fini dell'applicazione dell'istituto non sia necessario che tutte le componenti risultino esigue, essendo invece sufficiente che l'esiguità discenda da un giudizio di bilanciamento compiuto tra tutte le componenti del fatto, esigue o meno. Il rischio è tuttavia che l'indeterminatezza dia luogo a vere e proprie sperequazioni.

all'interno della norma l'uno accanto all'altro, senza distinzioni che consentano di reputarli alternativi.⁴⁸⁶

Qualche autore, però, ha cercato condivisibilmente di offrire una diversa chiave di lettura della disposizione: i fattori che guidano il giudice nell'accertamento della particolare tenuità sarebbero elencati nel primo comma dell'art. 34 secondo una precisa scelta di priorità e, quindi, l'esiguità del danno o del pericolo rispetto all'interesse tutelato (disvalore di evento) rappresenterebbe il criterio principale da tenere in considerazione. I criteri successivi si presenterebbero come ad esso subordinati, imponendo una motivazione sempre più pregnante nell'ipotesi in cui si volessero far prevalere.⁴⁸⁷

Del resto, la stessa Relazione aveva evidenziato “che il criterio dell'esiguità del danno o del pericolo assumerà la funzione di *primo indice rivelatore*: solo dopo aver appurato l'esiguità di questo elemento sarà possibile procedere alla verifica delle altre componenti che serviranno, in buona sostanza, a confermare o negare l'indizio di esiguità rintracciato sul piano della dimensione oggettiva del reato.”⁴⁸⁸

Il giudice di pace, quindi, deve innanzitutto valutare l'entità del danno o del pericolo che ne è derivato: egli è chiamato a considerare il “danno criminale” e quindi, lasciata da parte ogni prospettiva civilistica, il danno o il pericolo per il bene protetto.⁴⁸⁹ L'indicazione di metodo è chiara: si deve trattare di un “giudizio di

⁴⁸⁶ Cass., 10 luglio 2008, n. 38004, in *Guida al diritto*, 2008, n. 45, 82. Sostanzialmente conformi: Cass., 28 aprile 2006, n. 24249, in *Riv. pen.*, 2007, 451; Cass., 15 febbraio 2005, n. 15374, in *Cass. pen.*, 2006, 2914; Cass., 9 luglio 2004, n. 40203, in *Cass. pen.*, 2006, 610; Cass., 4 luglio 2003, n. 36990, in *Arch. giur. circ. sinistri*, 2004, 516. In dottrina, nello stesso senso V. COMI, *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., 61 s.; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 424; D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 121; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 114; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 45.

⁴⁸⁷ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 164. Cfr. altresì la proposta interpretativa di R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 177, che cerca di distinguere tra i casi di esiguità dell'offesa che si attesta al minimo, con riassorbimento degli ulteriori requisiti, e gli altri, in cui tutti i presupposti devono sussistere.

⁴⁸⁸ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.

⁴⁸⁹ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 164. La Cassazione, a tale riguardo, ha innanzitutto affermato a chiare lettere che la valutazione del giudice non può mai limitarsi alla fattispecie astratta di reato, ma deve riguardare quella concreta: Cass., 14 luglio 2006, n. 24387, in *Riv. Pen.*, 2007, 566; Cass., 29 settembre 2006, n. 32292, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 185. Con riferimento, poi, ai dubbi sorti in merito all'applicabilità dell'istituto ad un reato di pericolo astratto come la guida in stato di ebbrezza, la Cassazione ha concluso per la soluzione affermativa, sostenendo che non esistono reati in cui non sussista un *vulnus* anche minimo al bene giuridico (almeno inteso come bene finale) ed in cui non sia possibile operare quindi una graduazione della lesione o del pericolo, proprio perchè ciò contrasterebbe con il principio di offensività. Cfr.

relazione tra il bene giuridico protetto e la concreta aggressione ad esso perpetrata”.⁴⁹⁰

Deve poi analizzare il grado della colpevolezza: nel quadro di una concezione non strettamente psicologica, ma normativa della stessa e quindi nel quadro di un “giudizio di rimproverabilità mosso dall'ordinamento contro l'autore per aver manifestato ostilità o indifferenza rispetto ai valori tutelati”,⁴⁹¹ deve valorizzare, oltre ad un implicito richiamo all'art. 133 c. 1 n. 3 c.p. (intensità del dolo e grado della colpa),⁴⁹² molteplici parametri connessi alle circostanze concomitanti all'agire, all'imputabilità, ai processi motivazionali, all'*ignorantia legis* o alle scusanti.⁴⁹³

Il panorama dei presupposti impone, sostanzialmente, di “soppesare accuratamente tanto il profilo materiale della condotta, quanto la sua componente psicologica”, anche perchè l'entità dell'illecito “deve essere collocata oltre la soglia dell'inoffensività”.⁴⁹⁴

Come evidenzia la dottrina, inoltre, il fatto bagatellare commesso da un autore non bagatellare deve sfuggire alla diagnosi di esiguità, proprio per non frustrare la prevenzione speciale nel quadro degli scopi della pena.⁴⁹⁵ Il requisito dell'occasionalità, allora, ben si spiega in questa prospettiva, ma in relazione ad esso pare qui sufficiente evidenziare come si sia formata nel processo minorile un'ampia

Cass., 28 settembre 2007, n. 43383, in Ced Cass. 2008; Cass., 31 gennaio 2008, n. 12350, in *Cass. pen.*, 2008, 4313; Cass., 28 aprile 2006, n. 24387, in *Arch. giur. circol. sinistri*, 2007, 3, 260, nonché G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 419. Interessante è altresì ricordare, sul punto, la sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Foro it.*, 2010, I, 2928) che ha riconosciuto applicabile l'istituto anche alla contravvenzione di “ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato” di cui all'art. 10-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per disattendere le censure sollevate in merito alla mancanza, nel reato, della formula “senza giustificato motivo”. Secondo le indicazioni di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 747, in ipotesi di reati di pericolo astratto, disvalore di azione e disvalore di evento si compenetrano e l'esiguità deriverebbe dalla minima pericolosità della condotta rispetto al bene giuridico che incarna lo scopo di tutela della norma.

⁴⁹⁰ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 330; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 114; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 309; C. PONGILUPPI, *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, cit., 240.

⁴⁹¹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 178.

⁴⁹² C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 332; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 315.

⁴⁹³ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”:* *frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, cit., 348.

⁴⁹⁴ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 328.

⁴⁹⁵ C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor.*” *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 753.

elaborazione giurisprudenziale, che costituisce un utile punto di riferimento, facendo propendere per un'interpretazione in chiave “psicologica” del presupposto.⁴⁹⁶

E' stato, invece, evidenziato da più parti il vincolo tanto cogente quanto poco plausibile della legge delega (art. 17 lett. f) alle considerazioni inerenti al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'imputato.⁴⁹⁷ Se, dal punto di vista teorico, è interessante evidenziare come ci si sia resi conto dell'offensività del processo,⁴⁹⁸ è comunque difficile pensare che il presupposto – da valutarsi “altresi”⁴⁹⁹ – possa svolgere una funzione selettiva importante, di fronte a condotte prossime all'irrisorietà e ad autori diagnosticati come “bagatellari”.⁵⁰⁰

La valorizzazione del pregiudizio arrecato alla vita di relazione, nel quadro dei presupposti dell'art. 34, del resto, potrebbe portare ad una selezione basata pressochè esclusivamente sul “tipo di autore”,⁵⁰¹ con una discriminazione dei soggetti in ragione del loro *status*, perché in qualche modo “marginali”, estranei ai circuiti relazionali classici, privi di un nucleo familiare stabile, di un lavoro, di un impegno di studio e come tali incapaci di vantare l'attualità delle esigenze considerate.⁵⁰²

⁴⁹⁶ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 165. Come è stato correttamente evidenziato, ai fini dell'esclusione dell'occasionalità, non è sufficiente prendere atto dell'esistenza di precedenti, soprattutto se riferiti a reati di altra indole e molto risalenti nel tempo. Se il legislatore avesse voluto limitare l'applicazione dell'istituto ai non recidivi, avrebbe fatto riferimento alle categorie corrispondenti: C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 252. Cfr. altresì G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 348 ss.; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 313; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 420.

⁴⁹⁷ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVI.

⁴⁹⁸ Il profilo non è del tutto inedito. Anche nel quadro del processo minorile il giudice addiviene alla relativa declaratoria allorchè valuti che l'ulteriore corso del procedimento sia idoneo a pregiudicare le esigenze educative del minore: G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 352 ss. Cfr. altresì R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 174.

⁴⁹⁹ C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 329.

⁵⁰⁰ F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 166; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 423; G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, cit., 115; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 356; P. PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, cit., 1052.

⁵⁰¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 651.

⁵⁰² Cfr. M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 195; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173, 179; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 125; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 333; G. FIANDACA, *La*

5.2 Interessi e volontà della persona offesa

Il profilo che tuttavia più ci interessa approfondire, nell'economia del presente studio, attiene inevitabilmente al fondamentale ruolo della vittima, che ha lo scopo di inserire con maggior coerenza l'art. 34 in un modello di giurisdizione che valorizza la conciliazione e la composizione del conflitto tra privati sotteso al reato.⁵⁰³

A differenza di quanto accade nel processo minorile – incentrato sull'interesse del minore sottoposto a procedimento, per la parallela ipotesi delineata dall'art. 27 D.P.R. 448/1988⁵⁰⁴ – nel sistema di pace, in sede giudiziale, l'offeso può opporsi all'applicazione della clausola, mentre in fase di indagini può essere portatore di un interesse alla prosecuzione del procedimento, che il giudice deve delibare puntualmente e che può ostacolare l'operatività dell'istituto.⁵⁰⁵

La prospettiva vittimologica ha così intensamente colpito gli interpreti, da far sorgere addirittura il dubbio sulla compatibilità dell'istituto con i reati in cui non sia presente una persona offesa.⁵⁰⁶

Di ciò si ha chiara percezione analizzando la giurisprudenza.

La Cassazione ha tuttavia affermato che l'art. 34 non è circoscritto alle ipotesi di reato in cui vi sia la parte offesa, dato che con tale norma il legislatore ha semplicemente previsto la necessità, in giudizio, della non opposizione dell'imputato e della parte offesa, solo se presenti. Di conseguenza è legittima la declaratoria di

giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune, cit., 150.

⁵⁰³ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 173; A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1008; G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 197 s.; C. PONGILUPPI, *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 77; S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 320; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, cit., 357.

⁵⁰⁴ M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 198.

⁵⁰⁵ G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, cit., 473.

⁵⁰⁶ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 59.

improcedibilità per particolare tenuità del fatto pronunciata nelle ipotesi di reato nelle quali manchi la parte offesa.⁵⁰⁷

In fase di indagini, il pubblico ministero formula la richiesta di archiviazione ex art. 34 d.lgs. 274/2000 ed il giudice di pace, se ritiene di condividere le argomentazioni dell'accusa, dispone con decreto l'archiviazione: "ciò purchè non ravvisi l'esistenza di un interesse prevalente della persona offesa alla prosecuzione del procedimento".⁵⁰⁸

Secondo l'opinione maggioritaria, una manifestazione di interesse contrario, espressa dalla persona offesa nella querela, in una memoria, nell'opposizione o nel corso delle sommarie informazioni eventualmente assunte in corso di indagine, non è di ostacolo alla pronuncia del decreto di archiviazione: le ragioni della medesima non possono dirsi sempre pregiudicate, ben potendo essa agire in sede civile per tutelare i propri interessi.⁵⁰⁹

In ipotesi di enunciazione dell'interesse, il giudice può discrezionalmente sindacarne la portata e lo spessore⁵¹⁰ e deve distinguere tra ipotesi di espressione di una generica volontà di ottenere la punizione del colpevole ed ipotesi circostanziate, in cui unicamente il processo penale consente di accertare determinati fatti o comunque di accertarli tempestivamente. Solo le seconde, confermate dagli atti, consentirebbero di inibire l'operatività dell'istituto diversivo.⁵¹¹

Diversa è, tuttavia, l'opinione di chi preclude al giudice di disattendere le ragioni dell'offeso, valorizzando al massimo la sua volontà, sulla scorta dei lavori preparatori e del tenore letterale della previsione, che sembra implicare una mera ricognizione e non indica i criteri per operare un giudizio.⁵¹²

⁵⁰⁷ Cass., 2 luglio 2003, n. 36980, in *Cass. pen.*, 2004, 4165. Cfr., altresì, la giurisprudenza citata in merito alla compatibilità dell'istituto con la guida in stato di ebbrezza e Giudice Pace di Riva del Garda, 7 gennaio 2008, n. 2, in <http://www.giurisprudenzadipace.taa.it>. Cfr. anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 426.

⁵⁰⁸ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 267; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 343.

⁵⁰⁹ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 268.

⁵¹⁰ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 180.

⁵¹¹ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 321; G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, cit., 364; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, cit., 126; C. PONGILUPPI, *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, cit., 77 s.

⁵¹² Per C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 344, se l'interesse al procedimento è asserito dalla persona offesa, non può essere oggetto di sindacato. Nello stesso senso G. ARIOLLI, *Il processo*

In fase dibattimentale, invece, se non vi è propriamente un obbligo di interpello della persona offesa,⁵¹³ non vi è dubbio che le sia riconosciuto un vero e proprio potere interdittivo,⁵¹⁴ e ciò anche a prescindere dal fatto che essa possa essere ispirata solo da esigenze di opportunità risarcitoria.⁵¹⁵

Ci si può chiedere, a questo punto, quali debbano essere le modalità di manifestazione del dissenso.

La lettera della legge non sembrerebbe lasciare dubbi sulla necessità di un'esplicita formulazione di opposizione della persona offesa, per precludere l'applicazione dell'istituto.

Anche la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 63/2007, ha riconosciuto che in base alla *littera legis* una manifestazione di volontà è necessaria non certo al fine di permettere la dichiarazione della particolare tenuità, quanto piuttosto al fine di impedirgliela e che qualora quest'ultima manifestazione manchi (non opposizione), la dichiarazione debba ritenersi ammissibile.⁵¹⁶

Per quanto riguarda il dibattimento, quindi, secondo la giurisprudenza dominante, se la persona offesa non compare e non enuncia il suo dissenso in altro modo, ad esempio mediante una memoria apposita, si può ritenere che l'opposizione manchi.⁵¹⁷ Come ha precisato la Cassazione, la decisione di non comparire all'udienza va ritenuta come inequivoca espressione di una precisa strategia

penale del giudice di pace, cit., 425; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 212; F. BALDI, *La particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, cit., 101, che afferma a chiare lettere: "il giudice delle indagini preliminari non può operare alcun sindacato sull'intensità o sul tipo di interesse della persona offesa, dovendosi limitare a registrarne l'oggettiva risultanza". La giurisprudenza, in ogni caso, ha ritenuto abnorme il provvedimento del giudice di pace che, in sede di richiesta di archiviazione, aveva rimesso gli atti al P.M. affinché acquisisse il consenso della persona offesa: Cass., 24 marzo 2005, in Ced Cassazione 2005. *Contra*, tuttavia, Cass., 3 dicembre 2004, n. 1588, in *Riv. pen.*, 2005, 289.

⁵¹³ F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, cit., 3505.

⁵¹⁴ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 144; F. CERVETTI, M. SPRIANO, *La sentenza penale del giudice di pace*, cit., 63; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 350.

⁵¹⁵ G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 430; F. SGUBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, cit., 166.

⁵¹⁶ Corte Cost., 2 marzo 2007, n. 63, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 437. Il giudice *a quo* aveva evocato una molteplicità di parametri di scrutinio, dubitando della legittimità costituzionale della norma nella parte in cui subordina al consenso dell'imputato e della parte offesa la pronuncia, all'esito del dibattimento, della sentenza di esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, per contrasto con gli artt. 3, 24, 27, 76, 101 e 111 Cost.

⁵¹⁷ Cfr. N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità "per particolare tenuità del fatto"*, cit., 144.

processuale e cioè della volontà di rinunciare anche alla possibilità di opporsi all'applicazione dell'istituto.⁵¹⁸

Al di là di queste, non secondarie, problematiche interpretative, si deve ribadire, in conclusione, che, nella valutazione dei presupposti dell'art. 34, uno spazio non trascurabile sia riservato alla tutela degli interessi e delle determinazioni contrarie della vittima, la sussistenza dei quali può “inibire l'operatività del meccanismo di *diversion* pur se gli indici *principali* di esiguità risultino, comunque, integrati”.⁵¹⁹

L'istituto in questione, che potrebbe rispondere efficacemente ad esigenze di deflazione processuale, sulla scorta di presupposti definiti dal legislatore con grande puntualità nella prospettiva, già tratteggiata, di una “lettura “realistica” del dettato costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale”,⁵²⁰ incontra nel sistema del giudice di pace un ostacolo insuperabile, soprattutto in fase dibattimentale.

Sostanzialmente comprendendo e condividendo, per il resto, l'impianto di questa disciplina, quello che ci si può chiedere in questa sede è fino a che punto tale insuperabile ostacolo abbia un senso, davanti ad un fatto che presenta caratteri di tenuità, a maggior ragione se si considera che, per la fase processuale, non avendo avuto buon esito il tentativo di conciliazione, “non esiste più un interesse della persona offesa alla composizione del conflitto, al quale dare rilevanza.”⁵²¹ Il rischio è quello di attribuire uno spazio ingiustificatamente ampio ai “desideri di vendetta della vittima”, aprendo la strada “ad una china soggettivistica contrastante con la dimensione costituzionale del diritto penale”.⁵²²

⁵¹⁸ Cass., 5 dicembre 2008, n. 9700, *Diritto & Giustizia*, 2009. In sentenze più datate si era tuttavia affermato che la non opposizione si potesse verificare, oltre che a mezzo di interpello o di dichiarazione spontanea dell'imputato, attraverso fatti sintomatici, tra i quali tuttavia non si poteva annoverare “la mancata comparizione della persona offesa in udienza, la quale rappresenta semplicemente la scelta di non coltivare l'azione civile nel processo penale [...], ma non la volontà di non opporsi all'immediata statuizione di proscioglimento” (Cass., 3 marzo 2004, n. 16689, in *Riv. pen.*, 2005, 1396). Così anche G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 432; C. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 352.

⁵¹⁹ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”*: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione, cit., 357. Cfr. N. VENTURA, *La declaratoria di improcedibilità “per particolare tenuità del fatto”*, cit., 144.

⁵²⁰ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, cit., 217 ss.; F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 108.

⁵²¹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 180.

⁵²² D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 122 s., che rappresenta la

Lo stesso art. 35, che forse più del 34 valorizza la ricomposizione del conflitto attraverso condotte riparatorie, attribuisce alla persona offesa, che viene sentita dal giudice, un mero potere di interlocuzione.

Rivolgendo lo sguardo ai principi costituzionali, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, la Commissione Giustizia del Senato aveva evidenziato l'opportunità di svincolare il giudice dal rigido ancoraggio alla volontà della persona offesa proponendo una formulazione della norma più flessibile, con la previsione che la particolare tenuità del fatto potesse essere dichiarata “sempre che la persona offesa non si opponga, e in tal caso il suo interesse non sia stato o non possa essere altrimenti tutelato”.⁵²³ Sul punto, del resto, la legge delega non aveva dato indicazioni.⁵²⁴

Il Governo non ha però accolto la proposta, per il timore che così venisse vanificato il rilievo assegnato alla volontà della vittima, essendo l'interesse della persona offesa quasi sempre tutelabile in altro modo, ad esempio ricorrendo alla giustizia civile.

La conclusione, che sottrae all'organo giudicante ogni pur minimo controllo in termini di ragionevolezza, non sembra tuttavia accettabile, soprattutto se si considera che il Governo sottolineava nella Relazione come il potere della vittima di interdire l'arresto del procedimento sia fortemente temperato dall'esistenza di una causa estintiva del reato (l'art. 35) derivante dalla tenuta di condotte riparatorie o risarcitorie che il giudice può reputare congrue a soddisfare l'interesse della persona offesa, a prescindere dalla sua volontà punitiva.⁵²⁵

La lettura del rapporto tra gli artt. 34 e 35 in termini di “surrogazione” non appare corretta. Di certo entrambi gli istituti si collocano coerentemente nel sistema del giudice di pace, ma i presupposti applicativi sono diversi e si può ben pensare ad un fatto esiguo, rispetto al quale non vengono poste in essere condotte riparatorie e

possibilità di una “deriva altrettanto pericolosa di quella che paventano gli oppositori del diritto penale soggettivo, fondato sulla persona del reo anziché sul fatto commesso”. Tali considerazioni sono condivise anche da F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, cit., 3505.

⁵²³ G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della “particolare tenuità del fatto”: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, cit., 360.

⁵²⁴ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 125, secondo il quale, il potere di veto della persona offesa è un'invenzione del legislatore delegato.

⁵²⁵ Relazione d.lgs. 274/2000, cit., III.6.

risarcitorie, ma permanga un'ingiustificata opposizione della persona offesa, mentre l'art. 35 appare destinato a casi in cui sussistano conseguenze del reato di spessore più tangibile.⁵²⁶

Non risponde al principio di ragionevolezza, infine, che il legislatore abbia distinto, quanto al presupposto dell'interesse/opposizione della persona offesa tra la fase procedimentale e quella processuale, attribuendo un potere più ampio ed insuperabile⁵²⁷ all'offeso proprio dopo l'esercizio dell'azione penale, in sede di decisione sulla rinuncia alla pena: di fronte all'opposizione manifestata dalla persona offesa, si assiste all'irragionevole impossibilità di dichiarare il fatto irrilevante a causa del mero stato di avanzamento del processo. Allo stesso tempo, si differenzia irragionevolmente tra i reati che si caratterizzano per la presenza di una persona offesa, la cui volontà può impedire la pronuncia, e gli altri.⁵²⁸

Per ragioni di completezza, si deve tuttavia evidenziare come, quanto al possibile contrasto dell'art. 34 con il principio che vuole i giudici soggetti soltanto alla legge, affermato dall'art. 101 comma 2 della Costituzione, la Cassazione abbia dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 34 comma 3 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, proprio nella parte in cui consente che la particolare tenuità del fatto possa essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono. La Corte ha ritenuto, infatti, "che il dissenso della persona offesa è funzionale a garantire il bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel nuovo istituto previsto dal citato art. 34, il primo rivolto alla deflazione processuale e l'altro diretto ad evitare il rischio di un'impunità diffusa per i reati della criminalità minore".⁵²⁹ Questa visione, però, sottovaluta del tutto quanto già gli indici di bagatellarità siano numerosi ed

⁵²⁶ G. DE FRANCESCO, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, cit., 199; G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 430.

⁵²⁷ Per un'interpretazione adeguatrice, volta ad affermare la necessità di un'opposizione fondata su di un effettivo interesse al procedimento, senza alcun potere di veto, cfr. D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 126.

⁵²⁸ D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflative*, cit., 125. Cfr. anche A. SCALFATI, *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, cit., 404.

⁵²⁹ Cass., 25 giugno 2003, n. 2674, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 312. Come la Cassazione ha evidenziato, peraltro, il ricorrente aveva ommesso di precisare il parametro costituzionale rispetto al quale la norma sarebbe stata illegittima, qui ricostruito alla luce delle considerazioni svolte nel complesso. Cfr. G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, cit., 433.

impongano un esame attento dei presupposti dell'istituto, prescindendo da una mera considerazione astratta del titolo di reato, e tradisce una scarsa fiducia nella capacità, o nella disponibilità, dei giudici di farsi guidare dai criteri analizzati nell'operare il giudizio di esiguità.

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE DI SVILUPPO NELLA DEFINIZIONE
ALTERNATIVA DEI CONFLITTI:
IL CONTRIBUTO DI UN MODELLO *RIPARATIVAMENTE*
ORIENTATO E DEGLI ISTITUTI CHE LO CARATTERIZZANO

1. La giustizia riparativa per la definizione alternativa dei conflitti nell'ambito della giustizia penale degli adulti: alcune riflessioni a partire dall'analisi svolta

Nello studio che abbiamo condotto, la giustizia riparativa è stata via via tratteggiata, nei suoi caratteri fondamentali, come un nuovo approccio alla giustizia penale, che muove dal superamento della relazione indefettibile tra reato e pena, per proporre un'interpretazione relazionale del conflitto connesso all'illecito penale, gestito in prima persona dai protagonisti, allo scopo di sollecitare una riconciliazione tra chi ha posto in essere il reato e chi lo ha subito e di ripararne le conseguenze.

Nata come espressione di una sempre più diffusa reazione al fenomeno di "espropriazione" del conflitto penale da parte dello Stato, affermatosi in Occidente soprattutto con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese, negli ultimi decenni del secolo scorso la riflessione sulla *restorative justice* si è sviluppata progressivamente, grazie all'apporto di scienze ed approcci alla giustizia penale molto diversi tra loro, che ne hanno arricchito la complessità dei contenuti, evidenziandone l'eclettismo e le potenzialità nell'adattarsi, con opportune declinazioni, anche a contesti formalizzati.

Se, in una prima fase, questa poliedrica concezione si era proposta esclusivamente come un paradigma di giustizia del tutto nuovo ed alternativo rispetto a quello ufficiale, in seguito - soprattutto negli anni Novanta, per quanto riguarda il nostro continente - di fronte al tentativo del sistema legale di reagire alla crisi anche attraverso gli strumenti della giustizia informale, le concezioni più radicali sono state affiancate sempre più frequentemente da letture più moderate ed aperte alla contaminazione dei modelli. Nel solco di questa seconda tendenza, il presente studio ha privilegiato l'analisi di istituti o pratiche che si collocano nella prospettiva della

restorative justice e presentano alcuni profili di originalità rispetto alle forme del sistema tradizionale, ma che allo stesso tempo, anche se non sempre agilmente, possono essere integrati in esso, contribuendo ad incrementarne la qualità e l'efficienza.

Come è emerso dall'analisi, modelli o singoli istituti *riparativamente* orientati possono variamente contribuire allo sviluppo del sistema penale, poiché in essi convivono “componenti vittimologiche, riabilitative e pacificatrici; senza contare poi l'effetto deflattivo che ne consegue grazie alla depenalizzazione in concreto degli illeciti interessati”.¹

Gli strumenti della *restorative justice* consentono di prevenire i fenomeni di vittimizzazione – potendo essere apprezzati anche in termini rieducativi² – e, in caso di insuccesso, di trattarli.³

La crescente attenzione per il coinvolgimento diretto delle parti private nella ricerca di una soluzione concordata e per la riparazione a favore dell'offeso non si potrebbe spiegare fino in fondo, infatti, senza riconoscere il giusto peso ad un rinnovato interesse per la tutela della “vittima” del reato e per la sua partecipazione al procedimento penale, maturato in seno ad un intenso dibattito scientifico - dopo un periodo di confinamento nell'oblio tipico del diritto penale moderno - e che ha trovato riconoscimento ufficiale anche in alcuni atti delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, dove è stato posto l'accento su questo soggetto debole, “portatore di istanze autonome cui l'ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione”.⁴ L'atteggiamento di particolare cautela mostrato dalla recentissima ed articolata Direttiva UE in materia non deve essere letto come una smentita dei risultati raggiunti dagli istituti riparativi sul fronte della loro capacità di rispondere alle esigenze concrete delle vittime, stanche di giudizi “calati dall'alto” e bisognose di esprimersi e di confrontarsi con l'autore del fatto, negoziando un'eventuale riparazione in maniera più dettagliata e conforme ai propri bisogni;⁵ ma piuttosto come un richiamo forte al rigoroso rispetto delle garanzie e

¹ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 26.

² F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 5.

³ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 38.

⁴ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889.

⁵ Un tanto si legge nel Rapporto esplicativo della già citata Raccomandazione N. R (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

delle regole fondamentali di queste pratiche: prima fra tutte, quella del consenso “libero e informato”, raccolto dopo un’informazione approfondita sui procedimenti e sui loro esiti potenziali, nonché sulle modalità di controllo nell’esecuzione di un eventuale accordo (art. 12 Direttiva 2012/29/UE).

Quanto al rapporto con le teorie della pena, in ambito criminologico il modello riparativo è stato a lungo contrapposto a quello retributivo ed a quello riabilitativo. Abbandonata tuttavia la concezione della pena come “imperativo categorico autolegittimantesi” e finalizzato a realizzare “un’idea etico-metafisica di giustizia”,⁶ rileggendo la retribuzione come mero criterio regolatore nel quadro di un discorso sulle sue funzioni che tende a laicizzarsi e valorizzando le teorie relative della prevenzione generale e speciale, le pratiche mediative del conflitto derivante o sotteso alla violazione di norme penali e, più in generale, gli strumenti della giustizia riparativa che si esprimono in comportamenti positivi dell’autore volti ad elidere le conseguenze del reato a favore della vittima e che si fondano sul paradigma del consenso, esprimono tutte le loro potenzialità per una rinuncia alla pena tradizionale, senza dover necessariamente ricorrere a rigide separazioni tra modelli o a nuove giustificazioni assolute della sanzione. Tali strumenti possono essere estremamente significativi in chiave rieducativa e risocializzante perché testimoniano un libero, critico e responsabile riconoscimento da parte del reo dei valori socialmente condivisi e delle regole di condotta precedentemente violate.⁷ Contribuiscono, quindi, a rafforzare la generale credibilità del momento precettivo e la sua capacità di imporsi per ragioni autonome dalla minaccia e dall’applicazione di una pena, attribuendo al sistema una nuova legittimazione sotto il profilo della generalprevenzione positiva.⁸

Se l’obiettivo di pacificazione sociale, che discende dal componimento del conflitto e dalla riparazione, è più semplice da cogliere, sul diverso piano della depenalizzazione in concreto si può evidenziare come il tema della *restorative justice*

⁶ R. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., 108.

⁷ S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 345; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 122 s.

⁸ L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 829; ID., *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.; G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 129.

sia in grado di destare un rinnovato interesse, anche grazie alla capacità dei suoi strumenti di contribuire all'efficienza della giustizia senza andare contro i valori basilari del nostro sistema costituzionale.⁹

Di fronte ad una sempre più diffusa consapevolezza che “l'ideale illuministico di un ordinamento giuridico (e dunque di un sistema repressivo) fatto di poche leggi” sia ormai del tutto “anacronistico”¹⁰ ed alla richiesta di una “ragionevole flessibilità”¹¹ sul piano della pena (quando possono essere soddisfatte per altra via le istanze cui essa dovrebbe rispondere) e su quello procedimentale (estendendo il principio di *extrema ratio* proprio sul piano del processo penale), alcuni istituti della giustizia riparativa possono offrire delle risposte, soprattutto in presenza di forme di criminalità meno gravi.

L'auspicabile innesto di tali strumenti in seno alla giustizia tradizionale non è, tuttavia, privo di rischi e di difficoltà.

Tra le problematiche emerse, vi è innanzitutto quella di una credibile delimitazione del loro ambito di operatività. La *restorative justice*, almeno nel suo nucleo originario, coinvolge o mira a coinvolgere in un percorso relazionale persone chiamate ad ascoltarsi, per giungere davvero ad essere responsabili l'una verso l'altra. Il terreno di elezione privilegiato della giustizia riparativa è stato così individuato prevalentemente nel “diritto penale classico” (postilluministico), che svolge una “funzione stabilizzatrice delle condizioni essenziali per il mantenimento della società”, è incentrato di regola sulla nozione di danno ed offensivo di beni giuridici individuali,¹² e non invece nel “diritto penale moderno”, che persegue scopi di prevenzione e di tutela anticipata.¹³

⁹ Basti ricordare come, con la Risoluzione Res(2002)12 del 18 settembre 2002, il Comitato dei Ministri abbia istituito la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) con lo scopo di migliorare l'efficienza ed il funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati Membri - così rafforzando la fiducia dei cittadini nella giustizia - e di consentire una miglior implementazione degli strumenti giuridici del Consiglio d'Europa in tema di efficienza e di equità della giustizia. Tra tali strumenti è indicata anche la citata Raccomandazione N. R (99)19 concernente la mediazione in materia penale.

¹⁰ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 185.

¹¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 662.

¹² M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, cit., 128; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 217.

¹³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 97 ss.

Senza voler escludere aprioristicamente nuove potenzialità di sviluppo di tali modelli o istituti, questa prima delimitazione operativa in seno al sistema di giustizia penale appare pienamente condivisibile al fine di testare su larga scala questi strumenti nella loro autenticità, limitandoli ai fenomeni criminosi che consentono di attivare *ex post* un percorso autenticamente relazionale e dialogico tra il reo e le vittime in senso stretto, “in carne ed ossa”, ed evitando di comprendere sistematicamente nel dialogo o nella relazione soggetti diversi dalla “figura umana della vittima” o, addirittura, il poco credibile rappresentante di un numero indeterminato di individui.¹⁴ Come ha affermato Fiandaca, con riferimento alla mediazione, essa appare “meno plausibile rispetto a reati di stampo più astratto e con soggetto passivo non personificato né personificabile in forma concreta, come ad esempio nel caso dei reati contro la pubblica amministrazione o contro altri beni giuridici a carattere meta individuale o ideale”.¹⁵

L’opportunità di escludere dal campo applicativo della giustizia riparativa le attività svolte esclusivamente nei confronti della collettività o di una vittima astratta e che appaiono scarsamente collegate con la vittima concreta, si giustifica, del resto, anche con la necessità di evitare di incorrere in rischi eccessivi di strumentalizzazione della vittima reale, per esigenze unicamente riabilitativo-trattamentali del reo.¹⁶

Altri problemi si pongono sul fronte delle garanzie che, pur ripensate nell’ampiezza rispetto a quelle tradizionali,¹⁷ devono presidiare i veri e propri percorsi alternativi di definizione dei conflitti che si innestano nella giustizia penale, soprattutto nei momenti di raccordo.

Tra gli irrinunciabili principi generali del sistema penale, che trovano fondamento nella Costituzione, vi è la garanzia giurisdizionale, la quale, però, come è stato correttamente precisato, si compone di due anime: garanzia in senso stretto ed

¹⁴ Cfr. M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., 269 e A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 59.

¹⁵ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 156:

¹⁶ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 6.

¹⁷ Come evidenzia L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 26, “c’è qualcosa che non funziona quando si resta ancorati alle forme punitive *in sé* maggiormente lesive dei diritti individuali, cioè *meno garantistiche*, in nome delle procedure garantistiche che *dovrebbero* – invero con molte discriminazioni di carattere sociale – accompagnare la prassi applicativa”.

accertamento. Quando, come nel caso dell'attivazione della procedura riparativa, o della successiva definizione del procedimento, la garanzia in senso ampio non è finalizzata al giudizio (per la decisione sulla responsabilità e l'applicazione della pena), va salvaguardata esclusivamente "nell'ottica di assicurare l'effettività dei diritti protetti dall'ordinamento".¹⁸ Come già evidenziato, un altro principio da rispettare, insieme ai fondamenti del giusto processo, è quello della presunzione di non colpevolezza. Esso, da un lato, impone di garantire all'accusato che, in ipotesi di esito negativo del programma riparativo, non subisca effetti sfavorevoli dalla sua partecipazione e, dall'altro, secondo diverse letture,¹⁹ impone che per darvi corso vi sia un preliminare riconoscimento dei fatti principali ("*basic facts of a case*") della questione da parte dell'autore del fatto, come si può leggere negli atti sovranazionali analizzati. I corollari di questo principio possono apparire tuttavia contraddittori ed è necessario cercare una soluzione adatta per soddisfare contemporaneamente le esigenze citate. Con riferimento più specifico a quanto avviene nel corso del programma riparativo, infine – e ancora una volta sulla base di quanto è rilevato nelle fonti sovranazionali – è necessario che l'ordinamento assicuri che tali percorsi non finiscano per legittimare meccanismi "di accettazione forzata delle prevaricazioni messe in atto dalle parti forti".²⁰

Ben si comprende, allora, per quale ragione il consenso delle parti, inteso come libera e spontanea adesione alla procedura riparativa, espressa a seguito di un'informazione adeguata, rappresenti una delle stelle polari, delle regole d'oro, della *restorative justice*. Esso, infatti, è capace di contribuire a rispondere efficacemente alla maggior parte delle problematiche sollevate sul fronte delle garanzie.²¹ Non vi è dubbio che la scelta dell'autore di partecipare ad un programma innestato in un procedimento penale possa essere profondamente condizionata dalla

¹⁸ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 80 s.

¹⁹ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, cit., 206.

²⁰ M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, cit., 112. Cfr. altresì F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 661.

²¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 257 ss. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 124, si sofferma in particolare sulla rinuncia alla garanzia giurisdizionale, mentre D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 426 ss., si sofferma, criticamente, sulla presunzione di non colpevolezza.

minaccia implicita rappresentata dalla pena e che quindi non sia “totalmente spontanea” ed è plausibile che la vittima possa richiedere tempo e valide argomentazioni da parte dei professionisti coinvolti nei colloqui preliminari prima di accettare, ma è indispensabile garantire che il processo formativo del consenso non sia viziato da forme di pressione psicologica e che la libera volontà delle parti di parteciparvi permanga nel corso dell’intero percorso riparativo, dalla prima alla seconda delle interfacce con il sistema penale.²²

In termini ancora più generali, un diverso problema si pone infine con riferimento ai singoli istituti da considerare perchè coerenti con la dimensione in esame, viste le molte difficoltà incontrate nella ricerca di una definizione condivisa di giustizia riparativa. Se, solo a titolo di esempio, si sceglie, fra le nozioni proposte, quella che pone l’accento con priorità sulla dimensione dell’“incontro” o, invece, quella che valorizza la “riparazione”, si finisce inevitabilmente per includere od escludere dall’analisi determinati istituti.

Appare allora preferibile allontanarsi dal dibattito, talvolta sterile, che ancora sta contrapponendo alcuni “puristi” della *restorative justice*, per evitare di irrigidire le differenze ed individuare invece le istanze-chiave che rappresentano “un ideale luogo di convergenza” delle varie prospettive e che consentono di cogliere i tratti riparativi dei diversi strumenti.²³ Se si riprende la distinzione tra “processo riparativo” ed “esito riparativo”, introdotta dalla Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente “i principi base nell’uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale” (ECOSOC Resolution 2002/12), si può riflettere con maggior precisione sugli istituti che caratterizzano i due momenti di un intero “programma riparativo”.

Essendo il *conferencing* ed il *circle* dei processi riparativi sperimentati soprattutto oltreoceano - nonostante gli acerbi sforzi di ampliamento testimoniati dalla recente Direttiva europea - i dati raccolti nel nostro continente hanno consentito di limitare le riflessioni più approfondite alla mediazione penale ed alla riparazione

²² Cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 199.

²³ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 53, nt. 1. Sul punto cfr. ampiamente capitolo 2, par. 1.1 del presente lavoro.

in senso ampio.²⁴ Il primo istituto, tipico esempio di processo riparativo, è considerato uno dei più caratteristici della *restorative justice*; il secondo, da ricondurre più precisamente alla nozione di esito riparativo, può esprimere un ruolo importante soprattutto in ordinamenti ispirati al principio di obbligatorietà dell'azione penale, eventualmente temperata.²⁵

Se, infatti, le riflessioni sulla giustizia riparativa esprimono un marcato favore per l'arretramento della sanzione penale intesa in termini tradizionali - unitamente alla valorizzazione del momento conciliativo e dell'esito riparativo in senso ampio (anche come serio sforzo a ciò indirizzato) - le conseguenze di questo favore e di questa valorizzazione nell'ambito penalistico dipendono dalle peculiarità dei singoli sistemi giuridici. Grazie alla riparazione e, più precisamente, al significato che essa può assumere sul piano delle finalità della pena,²⁶ al termine di un percorso riparativo la sanzione e, prima ancora, lo stesso processo penale possono essere considerati non più necessari, anche a prescindere dalla discrezionalità dell'azione penale.

L'indagine condotta sull'ordinamento italiano - che permette di confermare la conclusione già formulata sul fronte della tipologia degli strumenti riparativi a disposizione - ha avuto ad oggetto un modello estremamente significativo in questa prospettiva: il microsistema del giudice di pace delineato dal d.lgs. 274/2000, la cui dichiarata vocazione sperimentale si spiega con la volontà del legislatore della riforma di non costringere la giustizia riparativa esclusivamente entro gli angusti confini di tale rito.

Tuttavia, allo stato attuale in Italia, nell'ambito della giustizia penale degli adulti, è possibile affermare solo in questo contesto che il fine del giudice è quello di favorire la composizione del conflitto e che, per tale scopo, "interlocutore diretto

²⁴ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151, evidenzia come spesso si parli di "riparazione-mediazione, come entità congiunte da un "trattino".

²⁵ L'unica eccezione emersa dalla ricerca, allo stato attuale, è quella della Spagna, dove però l'attenzione rivolta al tema della riparazione è molto elevata.

²⁶ Come è stato evidenziato nel mondo tedesco, soprattutto a partire dagli anni Ottanta. Cfr., in particolare, il progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, *AE-WGM*), che fu elaborato da un gruppo di professori tedeschi nel 1992, esaminato nel secondo capitolo, in seno al quale la condotta riparatoria, valorizzata come strumento di restaurazione della "pace giuridica" e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena (*absehen von Strafe*, § 4 *AE-WGM*).

dell'autore del reato" deve essere innanzitutto "la vittima-persona offesa", nella consapevolezza che "senza il dialogo tra i veri protagonisti della vicenda penale (inteso come condizione di relazione soggettiva di offensore e offeso, al fine di comporre il conflitto generato dal reato, e non, quindi, nell'accezione *ordinaria* di metodo oggettivo di accertamento dei fatti) non si può raggiungere la conciliazione tra le parti e la pacificazione sociale".²⁷

La mediazione penale non è stata indicata con decisione dal legislatore del 2000 come modalità privilegiata per il raggiungimento della finalità conciliativa – e questo è opportuno sia oggetto di un adeguato ripensamento – ma è stata comunque riconosciuta ufficialmente nella giustizia penale, per la prima volta in Italia, insieme ad altre modalità di definizione del procedimento del tutto originali.

Gli istituti che caratterizzano questo modello in chiave riparativa sono stati analizzati nel dettaglio, evidenziandone limiti e potenzialità.

Riconosciuta la complessità di tale approccio, anche in virtù dell'indagine comparata, possiamo provare a tracciare qualche linea di sviluppo che sia concretamente percorribile, proprio a partire dal microsistema del giudice di pace.

2. Il sistema del giudice di pace come modello riparativamente orientato: linee di sviluppo

Come abbiamo illustrato, per poter essere concretamente sperimentata nel sistema penale degli adulti, la giustizia riparativa ha avuto bisogno in Italia di un primo "atto di riconoscimento".²⁸

Tale atto è costituito dal d.lgs. 274/2000, con il quale il legislatore, nel contesto del giudice di pace, ha elaborato un modello complesso, che merita di essere ulteriormente rafforzato.

²⁷ D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, cit., 486 s.

²⁸ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 13.

2.1. *Ipotesi di riforma per una più coerente determinazione degli ambiti di competenza della giurisdizione di pace*

Come ha evidenziato Padovani, quanto all'ambito della competenza penale del giudice di pace, lo sbarramento tracciato dalla delega, attuata con il d.lgs. 274/2000, appare angustamente selettivo. Qualche inclusione ulteriore poteva essere operata, anche se la ritrosia del legislatore delegante si può spiegare proprio per la portata innovativa di questo laboratorio, da impiantare con cautela.²⁹

I reati di competenza del giudice onorario sono stati individuati tra le meno gravi fattispecie perseguibili a querela, connotate “in termini di microconflittualità interindividuale, le quali alterano l'equilibrio necessario per la stabilità sociale”.³⁰

Ci si può tuttavia chiedere, sempre avvalendosi delle parole dell'Autore, se esistano altre espressioni di quella microconflittualità insidiosa che, se non deve essere curata drasticamente, “richiede però un'attenzione pronta e sollecita; come le piccole ferite che occorre disinfettare tempestivamente per scongiurare il rischio di infezioni”.³¹

Riconduce la timidezza della selezione al carattere sperimentale della riforma anche Papa, sottolineando come il catalogo potesse essere ampliato mediante reati perseguibili a querela di parte, come la rissa, il furto e l'insolvenza fraudolenta, o anche perseguibili d'ufficio, come alcune ipotesi di furto aggravato (furto con destrezza nei supermercati).³² In termini non troppo distanti, altri autori – oltre al furto non aggravato, all'insolvenza fraudolenta e all'appropriazione indebita – auspicano l'ampliamento della competenza a tutte le ipotesi di reati contro il patrimonio in cui ricorrano le circostanze elencate nell'art. 649 c. 2 c.p., nonché, con una scelta più ardita, i reati di cui all'art. 392 c.p. (esercizio arbitrario delle proprie

²⁹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XIII.

³⁰ D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello “autoritario”: affresco idilliaco o strada percorribile?*, cit., 493.

³¹ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XII.

³² M. PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, cit., 104. A. MANNA, *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), cit., 23, con riferimento ai furti aggravati (come quelli nei grandi magazzini).

ragioni con violenza sulle cose) e art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare), in ipotesi di procedibilità a querela.³³

Tali proposte sono indubbiamente interessanti: sarebbe più che opportuno che il legislatore manifestasse con chiarezza la sua volontà di scommettere sulla giurisdizione di pace, quale giustizia qualitativamente diversa, senza cadere nella tentazione di affidare al magistrato onorario solo bagatelle,³⁴ o, come sta avvenendo oggi, reati che sono del tutto incoerenti con il modello e distanti dai principi ispiratori della giurisdizione di pace, per mere ragioni di alleviamento del carico di lavoro della magistratura togata.

Più problematico appare tuttavia l'invito, che è stato formulato in dottrina, ad un allargamento delle maglie della competenza di questo giudice a tutti i reati procedibili a querela,³⁵ sottovalutando i riflessi di una tale scelta sul piano sanzionatorio – con il venir meno della pena detentiva per tutti questi reati – e soprattutto la complessità delle problematiche di accertamento poste da alcuni di questi illeciti (basti pensare alle lesioni colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro), quando il legislatore della delega aveva chiesto, nel 1999, al Governo di selezionare, ancorchè nella legislazione complementare, solo reati per i quali non sussistessero “particolari difficoltà interpretative” o non ricorresse, di regola, “la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto” (art. 15 legge 468/1999).

Nonostante siano decorsi più di dieci anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 274/2000 e siano stati fatti molti sforzi – soprattutto su base locale – per investire sulla professionalità della magistratura onoraria, non sono infatti venute meno del tutto le perplessità sulla tenuta del sistema espresse nella fase immediatamente successiva alla riforma, quando – con sguardo severo – si poneva l'attenzione sulla novità rappresentata dalla figura di un giudice non professionale chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità penale, precisando tuttavia che “se l'impalcatura delle garanzie di professionalità formale non offre, di per sé sola, nessuna garanzia

³³ G. PIZIALI, *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, cit., 116. L'Autore, per le contravvenzioni, elenca l'art. 688 c.2, l'art. 659 e gli artt. 660 e 674, proprio perché si cumulano profili attinenti ai rapporti interpersonali e all'esigenza di tutela della quiete sociale.

³⁴ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, cit., 30.

³⁵ L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, cit., 267.

effettiva di attenzione, di equilibrio, di ragionevolezza, nemmeno il suo difetto l'assicura: il rischio del giudice non professionale è pur sempre il dilettantismo e l'improvvisazione estemporanea".³⁶

2.2 *Sull'opportunità di apportare delle modifiche alla disciplina degli istituti riparativi del d.lgs. 274/2000*

Se ci soffermeremo nel dettaglio sugli istituti più caratteristici del modello delineato dal d.lgs. 274/2000, analizzando le prospettive di riforma del sistema penale generale, riteniamo opportuno richiamare fin d'ora alcuni profili particolarmente problematici.

Con riferimento alla mediazione penale, che è stata riconosciuta formalmente in questo contesto ma è rimasta priva di una regolamentazione compiuta, non poche perplessità suscita, come già ricordato, la previsione – del tutto inedita nel panorama europeo che abbiamo cercato di illustrare – per la quale è il giudice di pace in persona a doversi attivare per favorire una composizione del conflitto. Un reale confronto tra le parti non può non essere intaccato nella sua autenticità proprio dalla commistione di due ruoli, profondamenti diversi tra loro, in capo all'organo giudicante, che finirà per essere necessariamente condizionato, in un eventuale successivo giudizio, da quanto emerso in sede di conciliazione.³⁷

Sulla base delle fonti sovranazionali già esaminate, del resto, l'alterità tra il facilitatore o terzo imparziale che deve gestire la procedura e l'autorità giudiziaria costituisce una sorta di presupposto implicito delle dinamiche funzionali del processo riparativo.³⁸

Sarebbe stato sufficiente così prevedere in termini di doverosità, e non di mera possibilità ("ove occorra"), il ricorso ai centri di mediazione ed un conseguente obbligo di riferire all'autorità unicamente sull'esito finale della mediazione, per

³⁶ T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, cit., XVIII. A conferma di ciò, basti ricordare gli interventi normativi che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 274/2000, hanno inciso sul suo originario assetto, riducendo l'ampiezza della competenza penale del giudice di pace.

³⁷ Cfr., sul punto, anche L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, 637 ss.

³⁸ G. DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, cit., 500 ss.

eliminare a monte ogni sospetto di pregiudizio derivante al giudice dalla conoscenza del contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti in forme libere e confidenti.

L'esistenza sul territorio nazionale di un apparato di strutture inadeguato, però, ha indotto il legislatore ad optare per la formulazione attuale ed a mantenerla inalterata.³⁹

Come abbiamo già anticipato, nonostante siano decorsi ormai più di dieci anni dall'entrata in vigore della riforma, con riferimento alla mediazione non sono state operate scelte rigorose e coerenti sul piano qualitativo ed organizzativo.

E' pur vero che i reati di competenza del giudice di pace sono generalmente lievi, e come tali possono far sorgere dubbi sull'opportunità di investire energie, anche economiche, in questo senso,⁴⁰ ma si dimentica che i benefici delle procedure riparative non si misurano solo in termini deflattivi, ma anche sul "piano della *stabilità* della ricomposizione e ricostituzione di validi rapporti sociali ed interpersonali fra le parti"⁴¹ e, comunque, che le agenzie di mediazione potrebbero operare in campi diversificati, da quello minorile a quello degli adulti, anche fuori dagli angusti limiti di questa competenza.

E' imprescindibile, così, un intervento che riguardi gli apparati organizzativi della mediazione, disciplinando in modo uniforme il percorso formativo dei professionisti impiegati ed assicurando una diffusione ampia degli uffici. Su tale profilo, però, ci concentreremo più nel dettaglio esaminando le riforme che dovrebbero investire il sistema generale.

Quanto ai momenti entro i quali la mediazione penale può trovare spazio, abbiamo già illustrato come l'avvenuto inserimento della funzione di conciliazione tra i principi generali del procedimento abbia amplificato, anche sul piano temporale, le potenzialità dell'istituto, che rappresenta lo strumento più importante per raggiungere il componimento del conflitto. Una volta che si riuscissero a risolvere i problemi organizzativi enunciati, però, un riferimento espresso, nell'art. 2 d.lgs. 274/2000, alla procedura riparativa in questione sarebbe auspicabile, anche per esplicitare più chiaramente la possibilità di utilizzarla per favorire le ulteriori

³⁹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 369.

⁴⁰ D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, cit., 500.

⁴¹ L. PICOTTI, *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, cit., 142.

modalità di definizione alternativa del procedimento conosciute dal sistema. Si dovrebbe poi estendere l'impegno a promuovere la composizione del conflitto anche alle altre autorità coinvolte nel procedimento (pubblico ministero, polizia giudiziaria).

Quanto all'art. 35 d.lgs. 274/2000, abbiamo lungamente riflettuto sull'assoluta peculiarità dell'istituto, che rappresenta una deroga importante alla tendenza, affermata nell'ambito del diritto moderno, di escludere la riparazione dalle conseguenze penali del reato e di circoscriverne l'impiego al contesto civilistico.

Riconsidereremo *infra* questa norma per un'opportuna estensione della sua operatività. Con riferimento, però, al microsistema in esame, è importante ricordare i problemi che sono sorti in merito al suo ambito applicativo. Alcune pronunce della Cassazione, in tema di guida in stato di ebbrezza, sembrano aver risolto i maggiori dubbi ed è auspicabile che – proprio tenendo conto delle concrete modalità riparative richieste dalla norma – si consolidi un orientamento uniforme, volto di fatto a limitare ai delitti contenuti nel codice le fattispecie penali estinguibili *ex art.* 35 d.lgs. 274/2000. Solo in questo modo – anche in considerazione del limitato contesto di riferimento – si potrebbe evitare di introdurre una precisazione per via legislativa.

In relazione ai presupposti applicativi, invece, non sono emerse questioni problematiche così gravi da non poter essere risolte sul piano interpretativo, salvo che per quanto riguarda la necessità di introdurre un correttivo costituzionalmente orientato, perché ci si possa accontentare di una riparazione parziale, nelle ipotesi in cui l'integralità del risarcimento non sia conseguibile, nonostante lo sforzo profuso, a causa delle condizioni disagiate dell'autore del reato.

Da ultimo, se il giudizio di equivalenza sanzionatoria – non richiesto oggi espressamente dal corrispondente istituto dell'ordinamento tedesco, ma presente nel progetto di riforma *AE-WGM* elaborato nel 1992 (con la formulazione “sempre che la pena non sia necessaria per il suo effetto sull'autore o sulla collettività”) – appare utile al fine di escludere le applicazioni meccaniche dell'istituto, individualizzando il giudizio, sarebbe preferibile la rimozione del concetto di “riprovazione”, dal

possibile significato “etico-morale”,⁴² per mantenere unicamente il riferimento alle esigenze di prevenzione, da intendersi come “speciale”, perché più coerente con “il contesto teleologico nel quale si muovono le complessive opzioni sanzionatorie del d.lgs. 274/2000”.⁴³

In conclusione, un cenno lo richiede l’istituto delineato dall’art. 34 d.lgs. 274/2000. Se è vero, infatti, che la centralità del momento conciliativo spiega il peculiare ruolo riconosciuto all’offeso nella dinamica applicativa di tale modalità di definizione del procedimento, si ritiene che la formulazione adottata per la fase delle indagini – che sottrae all’offeso un vero e proprio potere di veto, limitandosi a richiedere la valutazione del suo interesse alla prosecuzione del procedimento – rappresenti un compromesso adeguato tra le diverse esigenze in gioco, *ivi* compresa quella della valorizzazione delle ragioni della vittima, che nel microsistema del giudice di pace riveste un ruolo peculiare. Pensando, infatti, ad un’esportazione dell’istituto nel sistema generale, definiti con puntualità gli indici di esiguità, il riferimento all’interesse della vittima potrebbe addirittura essere del tutto omesso, anche se la stessa dovrebbe essere sentita prima della pronuncia, ove presente.

3. Il contributo alla giustizia ordinaria di un modello riparativamente orientato. Prospettive di sviluppo dei principali istituti riparativi del giudice di pace nel sistema penale generale

All’esito dell’indagine svolta sul microsistema del giudice di pace, appare ora opportuno trarre delle indicazioni, almeno provvisorie, per un possibile sviluppo del sistema penale generale, attraverso le soluzioni, eventualmente tra loro raccordate, che più caratterizzano il primo in prospettiva riparativa.⁴⁴

Quanto ai singoli istituti sperimentati nel contesto più circoscritto, abbiamo già ricordato che solo la mediazione rappresenta tecnicamente un processo riparativo,

⁴² D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 123. Cfr. altresì C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 73.

⁴³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 651.

⁴⁴ Come ricordato, un tanto era auspicato anche dalla Relazione al d.lgs. 274/2000, cit., I.1, dove si affermava che le soluzioni innovative sarebbero state “suscettibili di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la [...] positiva “sperimentazione” sul campo della prassi”.

mentre la disciplina delle condotte riparatorie valorizza più precisamente l'esito di una procedura riparativa.

I due strumenti vanno tuttavia pensati in possibile connessione.

Come ha ricordato anche Mannozi, parlando della mediazione, si debbono considerare imprescindibili almeno due suoi legami con il sistema penale: la definizione penalistica del conflitto, a monte, e la disciplina degli effetti della procedura mediativa sulla definizione del procedimento, a valle.⁴⁵

Il primo legame può rilevare sul fronte delle tecniche di tipizzazione dei conflitti mediabili, mettendo a fuoco “una nuova idea di tipicità”,⁴⁶ ma – come abbiamo già visto – è difficile allontanarsi dalla prospettiva più tradizionale, visto che “un fatto penale mediabile è pur sempre un reato” e che comunque la mediazione “non preclude affatto che si giunga all'applicazione della pena”.⁴⁷

Il secondo legame, invece, assume un'importanza fondamentale proprio per il discorso che stiamo conducendo.

Anche sulla scorta delle indicazioni che provengono dalle fonti sovranazionali,⁴⁸ alla luce delle caratteristiche del nostro sistema processuale, improntato (a differenza di quelli in cui la giustizia riparativa ha iniziato ad affermarsi) al principio di legalità formale, è indispensabile che il giurista si soffermi a valutare i possibili riflessi di un programma riparativo sul procedimento penale. L'attenzione deve rivolgersi agli strumenti adeguati – quali, oltre alla già nota procedibilità a querela, forme di “non punibilità” discendenti da condotte riparatorie – per contrastare la regola in forza della quale il processo, se il reato sussiste, deve iniziarsi e concludersi, con eventuale applicazione della sanzione, “sia che vittima e reo si siano riconciliati, sia che siano rimasti estranei l'una all'altro”.⁴⁹

⁴⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 401.

⁴⁶ M. PAPA, *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, cit., 29.

⁴⁷ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 79 ss.

⁴⁸ Basti considerare il §15 delle “Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale”, adottate nel 2007 dal CEPEJ, dove si richiede che il legislatore e l'autorità giudiziaria siano invitati ad identificare le possibili ricadute sui procedimenti penali della mediazione e degli accordi stipulati.

⁴⁹ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 193.

L'esperienza maturata in seno al microsistema di pace con l'art. 35 d.lgs. 274/2000, o nel mondo tedesco con il § 46a StGB, può essere indubbiamente d'aiuto, ma il tema è assai delicato. Se, infatti, l'obiettivo perseguito per tale via è quello di una legittima rinuncia alla punizione e, prima ancora – ancorchè in via derivata – al procedimento, è necessario, come abbiamo visto, che il sistema conservi una sua coerenza e consideri con attenzione i criteri di valore riconducibili alle funzioni proprie della pena, evitando che, per mere ragioni deflattive, le rinunce appaiano come ingiustificate forme di clemenza, con effetti criminogeni.

Così, se si decidesse con coraggio di estendere i meccanismi di mediazione e gli istituti riparativi a reati gravi, essi potrebbero essere chiamati ad assumere una funzione unicamente integrativa rispetto al normale *iter* processuale, per rispondere ai bisogni soggettivi della vittima e del reo. Anche nell'ipotesi, piuttosto remota, che la vittima potesse dirsi pacificata, soprattutto esigenze di prevenzione generale imporrebbero che si addivenisse comunque all'applicazione di una sanzione e gli effetti concreti di un'attività mediativa con esito positivo e/o di eventuali condotte riparatorie si potrebbero riverberare solo sul *quantum* della pena.⁵⁰ Come ha evidenziato anche Roxin, per quanto riguarda la riparazione,⁵¹ è difficile ritenere che in presenza di reati gravi tali strumenti siano in grado di assolvere autonomamente alle funzioni della pena, rendendola non più necessaria, perchè per tale via è venuta meno la ragion d'essere della punizione.

Rispondere ai bisogni soggettivi del reo e della vittima in una prospettiva di pacificazione non rappresenta certo un obiettivo secondario, essendo pienamente condivisibile l'opinione di chi sottolinea che il ricorso alla *restorative justice* non è stato sollecitato principalmente da esigenze di economia processuale,⁵² ma le differenze sul piano degli effetti processuali e punitivi di un determinato percorso non sono da sottovalutare, soprattutto quando ci si propone di riflettere anche sulle

⁵⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 350. Cfr. anche M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, cit., 752 e S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, cit., 146 s.

⁵¹ Come precisa C. ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, cit., 374, indubbiamente, per i reati più gravi, non ci potrà essere spazio per una rinuncia alla pena, ma la riparazione potrà comunque rivelarsi utile per la vittima, giustificando un'attenuazione della sanzione penale medesima.

⁵² Cfr., sul punto, G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, cit., 138.

potenzialità degli strumenti riparativi di definire il conflitto in modo alternativo rispetto allo svolgimento del processo penale ed all'irrogazione della sanzione, attraverso una forma di "depenalizzazione in concreto" del reato, che riconosca e faccia propria la soluzione trovata, se non addirittura sollecitata, all'esterno del meccanismo punitivo classico.

Così, pur auspicando che le parti possano accedere con larghezza alle procedure riparative, soprattutto in settori particolari, ove esse appaiono importanti nella prospettiva pacificatoria, un'attenzione privilegiata deve essere riservata agli ambiti entro i quali gli istituti riparativi sperimentati nel microsistema di pace possono portare ad escludere la sanzione e, per le esigenze già illustrate, in una prospettiva deflattiva, prima ancora il processo penale.

Dopo aver riflettuto sul processo mediativo – perfettamente coerente con la definizione di giustizia riparativa offerta anche dalla più recente Direttiva europea (art. 2) – ci si dedicherà ad una norma che disciplini le condotte riparatorie, assai importante per orientare l'evoluzione del nostro sistema nella direzione auspicata e, in qualche misura, anche per correggere le possibili disfunzioni di un tale orientamento.

Quanto invece alla particolare tenuità del fatto, se essa può indubbiamente offrire un contributo, anche in chiave deflattiva, allo sviluppo della giustizia penale, in considerazione dell'opportunità già espressa di svincolarne in generale l'operatività dalla volontà vincolante della persona offesa – se non addirittura anche dalla valutazione del suo interesse – non verrà considerata in questo contesto, perché meno coerente con il quadro che è stato tratteggiato.

3.1 La mediazione penale

Nonostante la mediazione penale sia stata indicata, almeno simbolicamente,⁵³ anche nelle fonti europee, quale strumento utile per migliorare l'efficienza e l'efficacia della giustizia penale, sapendo ben coniugare la tutela degli interessi della vittima del reato con le finalità di prevenzione speciale della pena, "nella prospettiva di un superamento del tradizionale modello di diritto penale di stampo retribuzionista

⁵³ Abbiamo ricordato nel terzo capitolo come la Corte di Giustizia abbia di fatto escluso la natura strettamente precettiva dell'art. 10 della Decisione quadro 2001/220.

e ritorsivo”,⁵⁴ come abbiamo più volte evidenziato, l’ordinamento italiano non ha, fino ad oggi, mostrato alcun serio impegno verso l’introduzione di una sua compiuta disciplina. A tale speciale modello dialogico di giustizia penale, invece, è necessario guardare, con coraggio, in prospettiva di riforma.

3.1.1 Ambito applicativo della mediazione penale: criteri di selezione dei casi mediabili

Fermi i pur significativi limiti di operatività che abbiamo per ora delineato, in generale, parlando della *restorative justice*, e che sono legati alla possibilità di attivare un percorso realmente dialogico tra le parti, non si ritiene opportuno escludere *a priori*, in astratto, una determinata categoria di reati dal campo applicativo della mediazione penale, solo per ragioni di gravità.⁵⁵

La scelta che, ad esempio, è stata operata dall’ordinamento spagnolo, in tema di violenza di genere, non pare affatto obbligata, essendo preferibile confidare nella capacità dei professionisti di valutare, con adeguata ponderazione, caso per caso, gli squilibri di potere, le debolezze e gli interessi in gioco.⁵⁶

Quello che è infatti irrinunciabile, soprattutto a seguito della Direttiva europea, è un’attenta valutazione del tipo e della natura dei reati, delle circostanze e dei contesti di riferimento e delle caratteristiche delle vittime, per evitare pericolose forme di vittimizzazione secondaria.

In presenza di vittime con esigenze specifiche di protezione, così, i mediatori, adeguatamente formati, devono verificare con speciale rigore la presenza del consenso informato e libero a partecipare alla procedura, adottando ogni opportuna cautela e tenendo in considerazione “fattori come la natura e la gravità del reato, il

⁵⁴ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1015.

⁵⁵ Sul punto, cfr. S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, cit., 139 ss.; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, cit., 62.

⁵⁶ Cfr. sul punto C. ESTIRADO DE CABO, *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 213. Come illustra B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in G. MANNOZZI, (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, cit., 85 ss., secondo diverse letture, la giustizia riparativa si adatta soprattutto ad essere utilizzata come risposta nei confronti dei reati violenti contro la persona.

livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di prendere decisioni consapevoli.”⁵⁷

Come è stato ben evidenziato, in ambienti mafiosi, per esempio, avvezzi a forme di mediazione sociale dei conflitti, la mediazione penale potrebbe essere dominata da preesistenti, disuguali, rapporti di forza, oppure fraintesa e vissuta in modo da svilire la percezione sociale del rispetto delle norme giuridiche e quindi deve essere attivata con cautela e gestita da professionisti particolarmente qualificati.⁵⁸

Se, tuttavia, l'accessibilità dei percorsi mediativi dovrebbe essere garantita a tutte le parti coinvolte in un procedimento penale, che decidessero liberamente di ricorrervi,⁵⁹ eventualmente come mero supporto del sistema processuale per affrontare meglio il verificarsi del reato nella sua complessità,⁶⁰ riteniamo che vi siano degli ambiti preferenziali in cui l'ordinamento, rispondendo ad esigenze diverse, dovrebbe sollecitare con particolare convinzione il ricorso a questi strumenti, così come avviene con la “conciliazione”, in seno al sistema del giudice di pace.

Per venire incontro anche ad istanze deflattive, tali ambiti dovrebbero innanzitutto comprendere proprio i reati per i quali, in seno al nostro sistema processuale, è possibile definire il procedimento, rinunciando alla pena, a seguito di un percorso mediativo con esito positivo.

La strada preferenziale è offerta da un istituto già noto al nostro ordinamento, al fine di valorizzare la volontà dell'offeso, ma che, secondo alcune interessanti proposte, potrebbe assumere nuovo vigore: la querela, sul cui fondamento politico-criminale ci soffermeremo nel proseguo.

⁵⁷ Un tanto è precisato nel 46° Considerando della Direttiva. Cfr. altresì S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, cit., 7.

⁵⁸ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 6.

⁵⁹ Come precisa M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, cit., 752, si può ritenere che “la redenzione sul piano del “foro interno” [...] possa, astrattamente, coinvolgere qualsiasi soggetto che abbia commesso un crimine, a prescindere dalla sua gravità”.

⁶⁰ B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, cit., 118.

Sulla scorta della pur limitata esperienza maturata nell'ambito del laboratorio rappresentato dal sistema del giudice di pace, si può infatti pensare di estendere espressamente lo strumento della mediazione a tutti i reati perseguibili a querela, di competenza del tribunale ordinario, fin dalla fase delle indagini.⁶¹

Un'ulteriore significativa opportunità deflattiva, in questo senso, potrebbe essere poi offerta, ma in tal caso esclusivamente nell'ambito di una più complessa riforma, dai reati estinguibili grazie ad un istituto modellato sull'art. 35 d.lgs. 274/2000, che sarà meglio descritto nei prossimi paragrafi.

Vi sono quindi degli ambiti che, più di altri, per le caratteristiche "concrete" del conflitto,⁶² richiederebbero di regola un trattamento qualitativamente diverso delle offese penalmente rilevanti. Se si pone l'accento sul significato che la mediazione può assumere come strumento di soluzione dei contrasti in chiave di ricostituzione della comunicazione sociale,⁶³ essa potrebbe trovare così, per esempio, un campo di sviluppo particolarmente fertile nell'ambito della responsabilità medica, che apre le porte ad un contenzioso con una fortissima venatura emotivo-simbolica, radicandosi in un "rapporto interpersonale infelice".⁶⁴

La mediazione potrebbe rappresentare l'occasione per consentire al medico di spiegare il proprio punto di vista, le proprie ragioni e, allo stesso tempo, potrebbe rispondere al bisogno del paziente di "elaborare il lutto" per un evento che non riesce ad accettare.⁶⁵

A tale riguardo merita di essere ricordato il progetto, molto articolato, in tema di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria, che è stato elaborato dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP),

⁶¹ In questo senso cfr. anche D. CHINNICI, *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, cit., 505.

⁶² A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 343.

⁶³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 365 s.; 401.

⁶⁴ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, cit., 31. Cfr. altresì F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, cit., 12 ss.

⁶⁵ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, cit., 31.

dedicando un ampio spazio alle potenzialità della giustizia riparativa in questo campo.⁶⁶

Anche a prescindere dalla procedibilità a querela delle lesioni, le implicazioni deflative di tali strumenti non sono state affatto sottovalutate, visto che si ipotizza l'introduzione di una causa estintiva *ad hoc* per il nuovo reato di “morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario” (art. 590-ter c.p.), a seguito di condotte a contenuto riparatorio (per attenuare o elidere le conseguenze del reato) e conformativo (per prevenire o correggere l'inosservanza delle regole dell'arte o le lacune organizzative), che rappresentino il risultato di un programma riparativo al quale abbia partecipato l'indagato. Nonostante l'indubbia specificità delle professioni sanitarie, l'equiparazione del reato di lesioni a quello di omicidio, quanto agli effetti estintivi delle condotte riparatorie, appare tuttavia difficile da giustificare in un ordinamento che ha prevalenti connotati oggettivistici e dovrebbe essere ancorato al principio di offensività. Si ritiene preferibile, come vedremo, l'introduzione di una causa di estinzione di più ampia portata, entro la quale possano coerentemente inserirsi anche, ma non esclusivamente, le condotte riparatorie (e, se del caso, conformative, per rispondere a specifiche esigenze di prevenzione speciale) poste in essere in questo contesto.

Quindi, si ritiene utile richiamare il progetto – più che per questa soluzione tecnica o per l'intenzione, espressa nelle Relazioni di accompagnamento, di “non comprometersi” con la giustizia penale tradizionale (che il presente studio non ha condiviso) – per la complessità dei programmi riparativi elaborati in questa proposta, che mantiene al centro la mediazione penale intesa in termini tradizionali, o comunque i programmi che prevedono l'incontro delle parti, ma non dimentica di tener conto dell'eventualità in cui, in particolar modo, la vittima non possa partecipare, si rifiuti o abbandoni il percorso intrapreso, consentendo di ricorrere ad altre soluzioni e, se del caso, anche a percorsi che, in funzione trattamentale, coinvolgano una vittima “aspecifica”. L'obiettivo è ambizioso e di certo auspicabile nell'ambito di un ripensamento complessivo delle modalità di intervento nel campo

⁶⁶ *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP), in *Criminalia*, 2009, 667 ss. Cfr. F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, cit., 18 ss.

strettamente sanitario, ma si ritiene che una norma ben congegnata, sul fronte della riparazione, possa - in una vasta generalità di casi - già mettere l'indagato in condizioni di assicurarsi l'effetto estintivo del reato mediante un autonomo impegno in chiave riparativa, senza dover tenere impegnati i professionisti della mediazione/riparazione al di fuori dei casi in cui vi è la possibilità di favorire il ristabilimento di un dialogo effettivo tra le parti realmente coinvolte e quindi di conseguire un finalità che non sia solo o prevalentemente riabilitativa.

La proposta è interessante altresì da un diverso punto di vista, che permette di contribuire a spiegare il perché il progetto non si preoccupi di limitare i costi organizzativi. Se, infatti, la dottrina, anche straniera, ha posto frequentemente l'accento, con preoccupazione, sulla necessità di pensare a significativi investimenti, anche economici, per poter dare corso ad una riforma *riparativamente* orientata,⁶⁷ nel progetto si è acutamente sfruttata la peculiarità degli interessi civilistici in gioco ed in particolare il ruolo rivestito dalle compagnie di assicurazione, per porre a carico di queste ultime la copertura finanziaria di tale sistema, imponendo il versamento di contribuzioni obbligatorie ad un fondo, in ragione dei contratti stipulati per la copertura assicurativa della responsabilità civile nell'esercizio della professione sanitaria (art. 25). E' chiaro, però, che la soluzione non può essere generalizzata.

Anche fuori da questo peculiare contesto, infine, non andranno comunque sottovalutate le vaste potenzialità della mediazione di assicurare "un trattamento qualitativamente diverso per una determinata area di criminalità, selezionata sulla base del "sostrato sociale del reato".⁶⁸

Può essere utile, a tale riguardo, tener conto delle esperienze straniere. Alcuni studi, condotti sulle prime pratiche francesi, hanno evidenziato come la mediazione venga attivata soprattutto in presenza di reati non gravi, che interessano soggetti che si conoscono e sono destinati a continuare ad incontrarsi, a seguito della procedura (vicini, parenti, colleghi di lavoro).⁶⁹

⁶⁷ M. AGUILERA MORALES, *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, cit., 139.

⁶⁸ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, cit., 104. Cfr. altresì D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, cit., 119; V. BONINI, *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, cit., 250.

⁶⁹ J. FAGET, *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, cit., 81; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 732; M.G. AIMONETTO,

3.1.2 Mediazione e fasi del procedimento penale

La mediazione penale non ha una collocazione procedimentale esclusiva. Anche in base alle indicazioni contenute nelle fonti sovranazionali, i programmi di giustizia riparativa devono, infatti, essere fruibili in ogni fase del procedimento/sistema di giustizia penale” (§4Racc.; §6 Principi base).

La dottrina dominante, tuttavia, ritiene preferibile una valorizzazione della mediazione in fase preprocessuale, in sede di indagini, dove i ruoli sono meno stigmatizzati dalle vicende istituzionali del processo, ed un esito positivo potrebbe evitarlo integralmente.⁷⁰ E’ opportuno, come è stato affermato, anticipare il più possibile la procedura riparativa, affinché essa intervenga “in una fase quanto più prossima alla commissione del reato, non ancora “contaminata” dalla logica del processo, quando non sono stati ancora incardinati i presupposti per una risoluzione autoritativa del caso”.⁷¹

L’esperienza del giudice di pace ha consentito di confermare questa conclusione. Una mediazione circoscritta al momento del tentativo di conciliazione che il giudice di pace deve esperire quando il processo è giunto all’udienza di comparizione appare diseconomica: da un lato, il giudice spesso non vuole rallentare il processo e dall’altro – a maggior ragione considerando la tenuità dei reati di competenza del giudice di pace – le parti hanno già sostenuto delle spese, spesso

L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”, cit., 130; P. BOULISSET, Guide de la médiation, cit., 154. Cfr., nello stesso senso, quanto alle relazioni tra le parti, C. MAZZUCATO, La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa, cit., 204.

⁷⁰ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 201; L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 299; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 249 e 292; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, cit., 351; G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 18; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 388; M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 894; P. MARTUCCI, *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di “sperimentazioni”*, cit., 1417; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, cit., 10, con riferimento, in generale, alla giustizia riparativa. *Contra*, però, C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 68.

⁷¹ V. PATANÈ, *La mediazione*, cit., 360. Non è un caso che nel progetto di legge delega elaborato dalla Commissione di riforma del codice di procedura penale, presieduta dal prof. Riccio, laddove, al punto 2.3 della direttiva, ci si occupava, ancorchè genericamente, di mediazione penale, si prevedesse l’intervento del processo riparativo – ai presupposti e nei casi da individuarsi più precisamente ad opera del legislatore delegato – proprio nella fase delle indagini preliminari (http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS95146).

difensive, che possono seriamente ostacolare il raggiungimento di un autentico accordo anche – e forse soprattutto – fuori dalle aule del tribunale.

Sebbene l'istituto trovi un proprio antecedente in seno al sistema minorile (art. 28 D.P.R. 448/1988) e non invece in seno al microsistema del giudice di pace, e comunque sebbene esso si occupi solo indirettamente della mediazione/conciliazione, almeno un cenno lo richiede in questo contesto il recente disegno di legge sulla messa alla prova, per contravvenzioni o delitti puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) non superiore a quattro anni nel massimo, più volte modificato e non approvato a causa dello scioglimento anticipato delle Camere.⁷²

Nel processo minorile, proprio grazie a questo strumento e, più in particolare, alla previsione per la quale il giudice può impartire prescrizioni “dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato”, è stata registrata una prima, timida, apertura del legislatore nei confronti della mediazione in fase processuale,⁷³ anche se, come la dottrina ha rilevato, per la sua collocazione, la sua struttura e la sua implicita necessità di presupporre, di fatto, un accertamento di colpevolezza, l'istituto non rappresenta tanto una modalità alternativa e *riparativamente* orientata di risoluzione del conflitto con deviazione dal processo, quanto piuttosto un'alternativa alla pena tradizionale offerta istituzionalmente, con la mediazione come modalità di trattamento imposta ed orientata in prospettiva specialpreventiva.⁷⁴

Se, per quanto riguarda gli adulti, nella prima versione del disegno di legge (C. 5019-bis), si era previsto unicamente che la messa alla prova – quale progetto rieducativo offerto dall'ordinamento in alternativa alla sanzione – potesse consistere in prestazione di lavoro di pubblica utilità, nonché nell'osservanza di eventuali prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con la struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali o

⁷² Si tratta dell'Atto del Senato n. 3596 (già approvato alla Camera C. 5019-bis), reperibile all'indirizzo http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/39136.htm, in tema di “Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

⁷³ S. LARIZZA, *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, cit., 106.

⁷⁴ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 199.

all'eliminazione delle conseguenze dannose derivanti dal reato,⁷⁵ il testo presentato, dopo l'approvazione della Camera, al Senato e rinviato in Commissione in data 21 dicembre 2012, poco prima dello scioglimento delle Camere, unitamente ad una dettagliata disciplina processuale che estendeva l'applicazione dell'istituto anche alla fase delle indagini, includeva, tra le prestazioni rientranti nel programma di trattamento, impegni specifici al fine di elidere o attenuare le conseguenze del reato con il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni e comportamenti volti a promuovere, ove possibile, la conciliazione con la persona offesa.

E' chiaro che il consenso alla riparazione di cui si parla in questo contesto è profondamente diverso da quello che caratterizza le condotte riparatorie di cui all'art. 35 d.lgs. 274/2000 - precedenti e svincolate da un rigido provvedimento giudiziale contenente la messa a punto di un progetto istituzionale di intervento - e che la conciliazione, anche attraverso un'eventuale mediazione, assume connotati molto simili a quella che si innesta nella messa alla prova minorile, con finalità trattamentali di carattere specialpreventivo, assolvendo solo parzialmente ai diversi obiettivi presi contestualmente di mira dalla giustizia riparativa.

Tuttavia, nonostante la prospettiva di fondo non sia in questo caso quella riparatoria, intesa nel senso di una riconciliazione con la vittima (che non è minimamente coinvolta nella decisione), ma piuttosto quella della ricerca di un miglioramento dei rapporti tra l'ordinamento e l'autore del fatto (il quale deve fare quanto richiesto per meritare un già manifestato atteggiamento benevolo dell'autorità pubblica nei suoi confronti) lo sforzo del legislatore di affiancare alle prescrizioni di matrice esclusivamente pubblicistica delle prestazioni rivolte, anche in prospettiva pacificatrice, nei confronti della vittima (sforzo rimasto per ora sulla carta) è quanto meno un segno positivo della sua volontà di non escludere del tutto la persona offesa dalla gestione di un istituto di marcato favore per il reo.

Quanto alle fasi procedurali di applicazione dell'istituto, a conferma di quanto espresso nell'introduzione del presente paragrafo, il progetto la anticipa,

⁷⁵ Il testo di questa versione dell'Atto della Camera n. 5019-bis, in tema di "Delega al Governo in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili" è reperibile all'indirizzo <http://nuovo.camera.it/126?tab=2&leg=16&idDocumento=5019-BIS&sede=&tipo=>.

ancorchè facoltativamente, alle indagini preliminari, imponendo tuttavia un previo esercizio dell'azione penale, funzionale alla messa alla prova.

3.1.3 Disciplina della mediazione. Formazione e requisiti dei mediatori

La disciplina della mediazione penale, che si auspica, deve prendere le mosse da un'esatta consapevolezza circa il suo ruolo nel perseguimento della finalità conciliativa.

Sulla scorta dell'analisi svolta con riferimento alle fonti sovranazionali, alle esperienze straniere ed al sistema del giudice di pace, è emerso poi chiaramente come, al fine di assicurare il rispetto delle garanzie processuali, sia fondamentale un raccordo adeguato tra il circuito giudiziario ed i contesti extraprocessuali, sede privilegiata per lo svolgimento dell'attività mediativa.

Il procedimento penale e la mediazione vanno tenuti distinti, ma è necessario disciplinare i punti di comunicazione.

L'esperienza minorile sviluppatasi in Italia – così come, anche per gli adulti, quella francese (in una prima fase) e poi quella spagnola – ha evidenziato una certa capacità del sistema di ospitare la mediazione penale nelle sue pieghe, senza dar corso ad un processo di vera e propria istituzionalizzazione.

Per il processo degli adulti le scelte da fare dovrebbero essere tuttavia diverse, cogliendo l'occasione per disciplinare compiutamente la materia. Come è stato rilevato, “può sembrare paradossale ma è con regole e logiche giuridiche che deve decidersi quando è possibile metter da parte le regole e le logiche del processo per dare spazio alla mediazione”.⁷⁶

La previsione espressa dell'obbligo per pubblico ministero e giudice di stimolare le parti a ricorrervi, nei casi adeguati e comunque innanzitutto per i reati procedibili a querela, e – qualora venisse coerentemente estesa l'applicazione di un istituto disciplinante le condotte riparatorie – per i reati estinguibili mediante tale nuovo istituto, sarebbe più che opportuna. Sull'esempio del codice di procedura penale tedesco (§155a StPO), ma in termini più decisi, il pubblico ministero ed il giudice dovrebbero essere chiamati a verificare, nelle ipotesi citate, se sia possibile

⁷⁶ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, cit., 50.

ricorrere alla mediazione tra l'imputato e la persona offesa in ogni fase del procedimento, inviando il caso al centro.

Sospeso il procedimento ed i termini di prescrizione, le parti verrebbero poi contattate dall'agenzia di mediazione ed invitate a partecipare ad un determinato programma.

Sempre sulla scorta della disciplina tedesca, ed in particolare del §136 c.1 frase 4 StPO, si potrebbe inoltre prevedere, per i casi adeguati, un obbligo di informazione a favore di colui che è chiamato a rispondere di un reato in merito all'esistenza dello strumento mediativo ed ai benefici che da esso possono discendere. Tale obbligo dovrebbe essere posto in capo alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero nel corso del primo interrogatorio dell'indagato.

Le soluzioni spagnole e tedesche relative ad un preliminare tentativo obbligatorio di conciliazione, in ipotesi di esercizio dell'azione penale privata per alcuni reati "di relazione", appaiono poco adeguate all'importazione nel nostro ordinamento, sia perché i reati interessati sono in massima parte di competenza del giudice di pace, il cui modello già presenta una propria coerenza, sia perché non esistono in esso altre forme di azione penale privata. Dal punto di vista pratico, poi, un tentativo preliminare obbligatorio avrebbe come prima conseguenza quella di portare a conoscenza dell'autore del reato l'intenzione dell'offeso di dar corso ad un procedimento penale, con il rischio di incrementare il contenzioso, stimolando, proprio nei reati di relazione, una reazione del primo anche sul piano giudiziario.

Se è vero quindi che i percorsi mediativi non sono disciplinabili dettagliatamente da parte dell'ordinamento, in quanto tipicamente liberi ed estranei alla logica processuale, è irrinunciabile pensare ad una previsione espressa delle principali garanzie e degli standards qualitativi che li devono caratterizzare,⁷⁷ tenuto conto delle linee guida offerte in particolar modo dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale e dalla Risoluzione ONU 2002/12 del 24 luglio 2002.

I documenti internazionali, infatti, richiamano anche per queste procedure i principi fondamentali di un "giusto processo": il diritto di difesa,⁷⁸ il diritto alla

⁷⁷ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954.

⁷⁸ A tale riguardo, pare utile ricordare l'ordinamento francese, dove uno stimolo importante all'accettazione della procedura mediativa proposta è derivato dalle norme (legge del 18 dicembre

traduzione, il diritto ad un vaglio delle “autorità della giustizia penale” – o, più specificamente “giudiziale”, quanto agli esiti, secondo le Nazioni Unite – sull’invio di un caso in mediazione e sulla valutazione dell’esito, nonché il diritto alla celerità (che nell’ordinamento italiano appare molto difficile da garantire) con particolare riferimento alla prosecuzione del procedimento penale, a seguito del fallimento della procedura riparativa o della mancata esecuzione dell’accordo raggiunto (§8, 9 e 18 Racc.; §11, 13, 16 e 17 Principi base). A ciò si aggiunge, naturalmente, il diritto ad una libera e spontanea (§1 Racc.; §7 Principi base) adesione ai programmi di riparazione-mediazione, fondata su di consenso consapevole, informato, mai viziato da pressioni o da altri mezzi subdoli, che deve coprire tutte le fasi dell’*iter*.

Altra fondamentale garanzia da assicurare ai partecipanti attraverso un’adeguata disciplina della mediazione penale è quella della confidenzialità. Il mediatore deve essere vincolato sul punto al segreto professionale e deve essere vietata qualsiasi forma di diffusione di quanto dichiarato o emerso negli incontri, salvo che con l’accordo dei partecipanti (§2 Racc.; §14 Principi base). Più in particolare, è fondamentale che siano stabiliti l’obbligo dei mediatori di astenersi dal deporre sui fatti appresi per ragione del proprio ufficio o professione e l’inapplicabilità, a loro favore, delle disposizioni del codice penale in tema di omessa denuncia in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell’esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio.⁷⁹

Quanto, infine, alla garanzia della presunzione di non colpevolezza, abbiamo ricordato come vengano fatti discendere da essa dei corollari apparentemente contraddittori tra loro.

Affinché il richiesto riconoscimento preliminare dei fatti principali da parte dell’autore – che costituisce anche la vera e propria condizione di fattibilità della procedura mediativa⁸⁰ – non produca effetti pregiudizievoli sull’indagato/imputato, quale prova di ammissione di colpevolezza, in ipotesi di esito negativo della mediazione, (§14 Racc.; §8 Principi base), appare preferibile che esso sia oggetto di

1998) poste, anche in materia, a tutela dell’assistenza legale, che viene considerata fondamentale nella fase introduttiva e di redazione dell’eventuale accordo. Esistono così, per i non abbienti, forme di sostegno pubblico, capaci di coprire i costi relativi.

⁷⁹ Sul punto cfr. art. 12 *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP), cit., 676.

⁸⁰ Cfr. E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, cit., 131.

verifica solo da parte dei mediatori, nella fase preparatoria dell'incontro, al momento dell'acquisizione del consenso. Come abbiamo già illustrato esaminando il microsistema del giudice di pace, i mediatori non dovrebbero nemmeno distinguere, nel verbale da trasmettere al giudice, tra mancato svolgimento del processo riparativo ed esito negativo dello stesso.⁸¹

Alcuni autori, sulla scorta delle esperienze pratiche svolte, sconsigliano soltanto che l'autorità giudiziaria procedente stimoli l'avvio di un programma di giustizia riparativa prima di avere avuto contatti con le parti (attraverso l'interrogatorio o l'assunzione di informazioni), per evitare, in particolare, che l'indagato apprenda dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico dai mediatori.⁸² E' indispensabile, quindi, che vi sia stata una previa contestazione dell'addebito all'accusato.⁸³

Riprendendo quanto già espresso parlando del sistema del giudice di pace, è pacifico che i centri di mediazione, per poter operare, debbano innanzitutto consolidarsi.

Non è un caso che la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia, nelle *"Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale"*, adottate nel 2007, abbia posto l'accento sulla necessità di garantire la disponibilità degli strumenti di mediazione e l'accessibilità alle procedure da parte di vittime ed autori di reato, insieme all'opportunità di favorire, attraverso l'informazione e la ricerca, la nascita di una maggior consapevolezza sulla giustizia riparativa, nei diversi attori coinvolti.

Quanto ai mediatori, soggetti rigorosamente privi di autorità o potere in nome dei quali esercitare un arbitrato o un giudizio, dovrebbero essere rigidamente vincolati al rispetto di un codice deontologico, selezionati, valutati e formati secondo

⁸¹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 262 s. In questo modo, si può mantenere "nettamente separata la promozione del dialogo secondo verità come elemento di una gestione riparativa e riconciliativa dei fatti criminosi dal capitolo molto delicato concernente la cooperazione alle attività d'indagine", secondo le indicazioni di L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, cit., 654 s.

⁸² C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, cit., 216.

⁸³ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 169. L'Autrice (pp. 349 ss.) ipotizza, più articolatamente, che sulla richiesta di avvio di una procedura mediativa si pronunci il g.i.p., sentiti p.m., indagato e persona offesa, rigettandola quando già sussistano i presupposti per l'archiviazione ex artt. 408 o 411 c.p.p.

le linee guida sovranazionali, che richiedono l'elaborazione di percorsi volti all'acquisizione ed al mantenimento delle capacità necessarie a svolgere tale delicato compito, spaziando dalle tecniche di mediazione, alle nozioni concernenti il sistema di giustizia penale (§24 Racc.).⁸⁴ La formazione alla mediazione ed alla giustizia riparativa dovrebbe essere offerta in misura ampia e generalizzata fin dalle aule universitarie.

Pur condividendo le preoccupazioni di chi lamenta un'eccessiva dipendenza dal pubblico ministero dei soggetti chiamati a gestire le pratiche mediative, l'ordinamento francese può rappresentare un utile punto di riferimento per quanto riguarda gli sforzi che sono stati fatti per rafforzare la professionalità dei mediatori. Basti ricordare che già dal 1996 è stata prevista una specifica procedura di abilitazione all'esercizio della mediazione in materia penale da parte di persone fisiche o di associazioni e che il mediatore, quando è chiamato ad assumere formalmente le proprie funzioni, presta un solenne giuramento di esercitarle con rigore, lealtà, imparzialità e dignità e di rispettare il segreto professionale.

3.2 *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*

Pur con la consapevolezza dei limiti ai quali abbiamo fatto cenno in merito alla possibilità di inquadrare pienamente le sole condotte riparatorie nell'ambito della *restorative justice* e delle molte difficoltà tecniche che pone un istituto che le valorizzi, al fine di rinunciare alla pena, possiamo ben assumere l'art. 35 d.lgs. 274/2000 come punto di partenza privilegiato per queste considerazioni conclusive, rappresentando un serio tentativo di uscire dall'ambito delle semplici manifestazioni di intenti per aprirsi pragmaticamente ad una giustizia dialogata, senza richiedere una previa ammissione formale di colpevolezza.⁸⁵

⁸⁴ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 177; S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, cit., 90 ss.

⁸⁵ Cfr., in questo senso, L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, cit., 649 ss. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 351 ss. è tuttavia critico verso un abuso del potere di estinzione contro la volontà della vittima. Quanto alle manifestazioni d'intenti, basti ricordare che lo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale, elaborato dalla Commissione Pisapia, istituita il 30 luglio 2006, (in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47483) prevedeva, all'art. 41 (Allegato I), che "a) nei casi espressamente stabiliti dalla legge per reati di non particolare gravità, possano essere dichiarati estinti quando, prima del giudizio, l'agente abbia posto in

3.2.1 Inquadramento dell'istituto e fasi del procedimento penale

La scelta di inquadrare le condotte riparatorie nell'ambito del diritto sostanziale, operata dal legislatore del 2000, appare corretta in quanto tale ipotesi di "non punibilità" – intesa qui nell'accezione più ampia, come opportunità di esentare da pena un determinato reato – inerisce coerentemente, come abbiamo visto, ai fini della pena.⁸⁶

Secondo un certo orientamento della dottrina, formatosi a partire dall'analisi critica della disciplina tedesca, la rinuncia alla pena discendente dalla riparazione non potrebbe tuttavia prescindere da una previa sentenza che accerti la colpevolezza del soggetto che ha volontariamente riparato, dichiarando pubblicamente che il reato è stato commesso.⁸⁷ La proposta trova fondamento in ragioni di prevenzione generale, ma non appare necessitata: gli effetti preventivi sono conseguenza delle condotte positive dell'autore più che della pronuncia del giudice (che comunque non applicherebbe la pena) e soprattutto la stessa è del tutto inadeguata a rispondere alle urgenti esigenze di economia – non solo della pena, ma anche del processo – che abbiamo ampiamente illustrato.

Se si rimane convinti, come abbiamo anticipato, che in uno Stato di diritto l'obbligatorietà dell'azione penale è un principio fondamentale – nel senso che la scelta tra il processo e la richiesta di archiviazione non può dipendere da una mera valutazione di opportunità politica⁸⁸ o da istanze interne al processo⁸⁹ (che accentuerebbero nell'opinione pubblica il senso di aleatorietà della giustizia)⁹⁰ – per evitare il collasso del sistema diventa fondamentale pensare alla possibilità di

essere adeguate condotte riparatorie o risarcitorie, sole o congiunte ad attività e prescrizioni stabilite dal giudice; b) il giudice, se ritenga non adeguate le condotte riparatorie prestate, possa indicarne integrazioni assegnando un termine per l'adempimento". La Relazione della Commissione non dedica poi, all'istituto, alcun approfondimento, a differenza di quanto avviene per l'irrelevanza del fatto (art. 3).

⁸⁶ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1058.

⁸⁷ P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., 167; ID., *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, cit., 47 s. Critica è anche, sul punto, la posizione di H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 291.

⁸⁸ Come sottolinea M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 411.

⁸⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 97.

⁹⁰ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2666.

utilizzare vari strumenti, e tra questi quelli riconducibili alla giustizia riparativa, ove capaci di rispettare quel principio (senza mitizzarlo), anche nella prospettiva dell'efficienza processuale.⁹¹ Come è stato autorevolmente affermato, l'obbligatorietà dell'azione non significa che per tutti i reati debba esserci un processo, ma che dalle scelte del pubblico ministero sia bandito innanzitutto il principio di opportunità.⁹²

Sulla scorta di quanto illustrato, il principio che caratterizza il nostro sistema processuale può essere interpretato in termini di legalità e, più precisamente, in termini di determinatezza e precisione della formulazione dei presupposti che devono sussistere per l'applicazione di istituti che rispondano ad un'esigenza deflattiva, senza vanificare altre istanze ed in particolare quelle connesse alle funzioni della pena.⁹³ In questo senso, una rivisitazione dello strumento offerto dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 può rivelarsi adeguata.

L'inquadramento dogmatico di un istituto che disciplini la riparazione nell'ambito delle cause di estinzione del reato sembra, nel contesto del nostro sistema, la soluzione più coerente per contribuire anche all'efficienza processuale, sull'esempio dell'ordinamento tedesco. Esso può essere applicato indipendentemente da un compiuto accertamento del reato ed opera sulla base della sola contestazione, determinando una vera e propria *diversion* dal processo penale.⁹⁴ L'intreccio di profili sostanziali e processuali che caratterizza la vigente disciplina delle cause estintive, del resto, risponde coerentemente ad una pluralità di funzioni.

Sul punto, non è un caso che la dottrina abbia individuato, sia pur criticamente e nell'ambito di contesti processuali ben diversi, una connessione tra il § 153b StPO dell'ordinamento tedesco – che consente una definizione anticipata del

⁹¹ E. DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, cit., 1378, considera proprio i meccanismi deflattivi, già contemplati nella giustizia penale del giudice di pace quali "correttivi" all'obbligatorietà dell'azione penale, degli strumenti adeguati, per lo sforzo operato dal legislatore di individuare ipotesi di lieve o medio-bassa entità e di far salvi gli interessi della persona offesa, così garantendo le esigenze di prevenzione generale. M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, cit., 1424, indica la mediazione penale ed i meccanismi ripristinatori o risarcitori (questi ultimi combinati con condizioni speciali di procedibilità), come adeguati strumenti di "deprocessualizzazione".

⁹² G. ILLUMINATI, *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), cit., 50.

⁹³ R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, cit., 104; M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 122.

⁹⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 572 s.

procedimento, con il consenso del giudice, ancora in fase di indagini, in tutte le ipotesi in cui, con la sentenza, l'organo giudicante potrebbe prescindere dall'applicazione della pena (e quindi anche quando sussistono i presupposti del §46a StGB) e comunque consente al giudice di pronunciare, negli stessi casi, una sentenza di non luogo a procedere prima dell'inizio del dibattimento, con il consenso del p.m. e dell'imputato – e le cause estintive del reato nell'ordinamento italiano: in entrambi i casi si consegue un effetto sostanziale di non punizione, a prescindere dall'attribuzione di responsabilità per un fatto.⁹⁵ Entra in gioco un reato solo ipoteticamente supposto.

L'unico correttivo che ci sentiamo di proporre, sul piano strettamente procedurale, riguarda l'opportunità di ampliare gli spazi di intervento dell'offeso in ipotesi di estinzione dichiarata in fase di indagini, consentendo allo stesso di interloquire in ogni caso sull'anticipata conclusione del procedimento, indipendentemente dall'aver a suo tempo chiesto di essere informato dell'eventuale archiviazione.⁹⁶

3.2.2 *Ambito dei reati interessati dall'istituto*

Veniamo quindi all'ambito dei reati che possono essere interessati dall'istituto.

Gli strumenti di cui si è discusso in questo contesto sono caratterizzati dalla pluralità delle funzioni cui assolvono e, se la presenza di una vittima, da un lato, pone all'ordinamento, anche sulla scorta delle indicazioni sovranazionali, il problema di un suo adeguato coinvolgimento nel procedimento penale - apprestando alcune soluzioni idonee allo scopo - dall'altro può fungere da criterio di delimitazione dell'ambito applicativo delle medesime. Come illustrato, solo se sono presenti un reo ed una vittima/persona offesa è possibile dar corso ad un processo dialogico effettivo intorno all'offesa subita, e, se vogliamo pensare ad un istituto che valorizzi le condotte riparatorie in connessione, almeno potenziale, con tale percorso, non possiamo che dividerne i limiti applicativi.

⁹⁵ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., 255 ss.

⁹⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 111.

Un tanto premesso, appare allora necessario distinguere chiaramente la possibilità, auspicabile, di valorizzare la riparazione, anche al fine di evitare l'applicazione della pena, con riferimento a reati che possiamo definire "privi di vittime", dall'istituto di cui ci vogliamo occupare, per i reati che hanno una vittima, e che potrebbe essere inserito nella parte generale del codice, quale evoluzione del già noto art. 35 d.lgs. 274/2000. Rispetto ai primi, infatti, di fronte alle molteplici forme che la riparazione può assumere nei diversi contesti di riferimento (basti considerare la materia ambientale, solo per fare un esempio), riteniamo preferibile che si ricorra con maggior ampiezza ad istituti come l'oblazione discrezionale, condizionata all'eliminazione delle conseguenze del reato,⁹⁷ o comunque ad una disciplina differenziata per reati o categorie omogenee di reati, sposando una tecnica che il nostro legislatore ha già ampiamente mostrato di utilizzare nella parte speciale del codice penale e nella legislazione complementare.⁹⁸

Come visto, non vi è dubbio che uno dei principali problemi posti dall'istituto sperimentato in seno al microsistema di pace, pur in contesto delimitato, attiene al suo ambito applicativo. La distinzione operativa tratteggiata potrebbe offrire un primo contributo selettivo, in prospettiva di ampliamento, ancorchè non del tutto soddisfacente, vista l'ambiguità del termine "vittima" e la pur sempre confusa linea di demarcazione tra persona offesa e danneggiato, soprattutto nei reati plurioffensivi.⁹⁹

Un'ulteriore selezione deve essere operata comunque sul fronte della gravità o comunque delle caratteristiche del reato in discussione, al fine di distinguere i casi in cui la riparazione può coerentemente determinare l'estinzione dell'illecito penale e

⁹⁷ Sul punto si sofferma anche D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 216.

⁹⁸ E. LA ROSA, *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1301, si sofferma proprio sull'incoerenza della disciplina del recesso attivo di cui all'art. 56 c.p. con l'ampio ricorso fatto dal legislatore alla previsione di cause di estinzione del reato legate a condotte riparatorie. Cfr. altresì, sul punto, F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, cit., 357.

⁹⁹ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 105 s.; ID., *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del "danno da reato"*, cit., 49, con riferimento all'esempio offerto dal delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, dove si parla di quest'ultimo come persona offesa (art. 341-bis c.p.); ID., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 196 ss., con riferimento al falso documentale.

quindi la rinuncia alla pena, da quelli in cui essa può riflettersi unicamente sul fronte del *quantum* della sanzione.¹⁰⁰

A tale fine, ancorare l'istituto in modo esclusivo al limite di pena, in apparente ottemperanza ad un rigoroso rispetto del principio di uguaglianza¹⁰¹ – come è avvenuto in Germania, con il §46a StGB, sulla scorta dell'indicazioni già contenute nell'*AE-WGM* – genera moltissimi problemi. Ciò è stato messo in luce proprio dall'esperienza tedesca, dove dottrina e giurisprudenza hanno individuato contraddittorie preclusioni oggettive all'operatività della norma.

Appare preferibile, allora, ipotizzare un ripensamento della disciplina che, quanto meno, consenta di arginare alcuni rischi di arbitrio sul piano sostanziale e processuale (visto che lo strumento da valorizzare dovrebbe rispondere a plurime esigenze), ponendo l'attenzione su due istituti che, nel nostro ordinamento, seppure a fini e con caratteri tra loro diversi, hanno una *ratio* simile perché già riconoscono alle istanze private della persona offesa un ruolo decisivo; due istituti che definiscono uno spazio entro il quale il privato offeso è il protagonista e lo Stato ha dimostrato di potersi ritrarre, rinunciando alla repressione.¹⁰²

Superando opportunamente, per tale via, anche la necessità di operare un espresso riferimento alla presenza di una vittima/persona offesa (o danneggiato particolarmente qualificato) - che verrebbe a questo punto a considerarsi di regola implicita - si possono valorizzare, in particolare, gli istituti del consenso dell'avente diritto e della querela, limitando l'ambito applicativo della norma che si vorrebbe introdurre ai reati per i quali il consenso può operare come scriminante e/o che sono procedibili a querela.

Quanto al primo, disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 50 c.p., esso è posto in relazione con la disponibilità del diritto: un criterio sul quale molto si discute in dottrina, ma sul quale possono almeno dirsi formati alcuni orientamenti giurisprudenziali abbastanza consolidati. E' necessario operare così una distinzione

¹⁰⁰ Anche D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, cit., 216, parla a tale riguardo di "reati non gravi".

¹⁰¹ H. J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, cit., 280.

¹⁰² C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 142. Cfr. altresì M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, 4° Ed. rinn., Milano, Giuffrè, vol. 2, 2012, 287. Come illustra S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 214, peraltro, anche il regime di procedibilità è stato utilizzato come criterio di verifica del carattere disponibile di un diritto.

tra reati posti a presidio di beni a titolarità pubblica o sovraindividuale, per i quali il consenso è inefficace, e beni a titolarità privata, per i quali esso può operare, oppure, come è stato evidenziato più di recente e con maggior precisione, tra reati in relazione ai quali è riscontrabile un interesse diretto dello Stato alla salvaguardia del bene in gioco (a prescindere dal punto di vista del soggetto coinvolto, e che a rigore possono essere anche posti a presidio di beni individuali), e reati privi di tale carattere, in cui il bene è protetto nell'esclusivo interesse del suo titolare (riversando esso solo sul singolo la sua immediata utilità) e per i quali il consenso ha naturalmente un rilievo scriminante.¹⁰³

Il settore elettivo dell'istituto estintivo diventerebbe così, innanzitutto, quello dei reati contro il patrimonio (a meno che l'integrità del bene che forma oggetto del diritto patrimoniale non soddisfi anche un interesse pubblico),¹⁰⁴ che si rivelano particolarmente adatti anche perché in relazione ad essi – come abbiamo visto – la riparazione dell'offesa può essere realizzata attraverso le condotte risarcitorie, quando esse ne rappresentano una forma di reintegrazione in forma specifica.¹⁰⁵

Ma potrebbero essere presi in considerazione anche reati posti a presidio degli "attributi della personalità: onore, libertà morale e personale, libertà sessuale, libertà di domicilio", se le offese sono circoscritte, non comportano un totale sacrificio dei beni predetti e non integrano atti di disposizione contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.¹⁰⁶ Non vi sarebbero limiti, invece, per i reati contro l'inviolabilità dei segreti privati.¹⁰⁷

Quanto ai reati che offendono il bene dell'integrità fisica, si dovrebbe invocare il parametro offerto dall'art. 5 c.c., che pone un limite espresso alla

¹⁰³ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 213 ss.; C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 140 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 242.

¹⁰⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 244.

¹⁰⁵ A. MANNA, *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 596. Anche M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 225, individua i reati patrimoniali a base non violenta come il campo privilegiato entro cui implementare gli istituti di giustizia riparativa, come ipotesi di non punibilità. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 454 evidenzia come, rispetto a questi reati, il profilo del danno in senso proprio e dell'offesa vengano sovente a coincidere.

¹⁰⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 268. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 244, elencando tra i diritti disponibili anche la riservatezza, individua un limite di misura esclusivamente con riferimento alla libertà personale.

¹⁰⁷ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 5° Ed., Padova, Cedam, 2012, 272.

disponibilità,¹⁰⁸ mentre rimarrebbero opportunamente esclusi dal campo applicativo della causa estintiva i reati posti a presidio degli interessi dello Stato, di ogni altro ente pubblico, della famiglia o della collettività nel suo insieme, in via esclusiva o concorrente.¹⁰⁹

Valorizzando invece il secondo istituto citato, si potrebbero estinguere a seguito di condotte riparatorie, laddove non già ricompresi nelle categorie elencate, anche i reati procedibili a querela, in relazione ai quali è stato introdotto nel nostro ordinamento un limite al principio di obbligatorietà dell'azione penale.¹¹⁰

A tale riguardo, è però necessario introdurre una distinzione.

La procedibilità a querela deve considerarsi irrilevante ai fini della riparazione, quando lo Stato, a prescindere dalla natura dell'interesse in gioco, si ritrae unicamente per tutelare la posizione dell'offeso, cui la pubblicità del procedimento penale – con il c.d. *strepitus fori*¹¹¹ – potrebbe recare ulteriore nocumento; per non “correre il rischio di aumentare ulteriormente il danno per la persona offesa nel momento in cui contro il suo volere si proceda penalmente nei confronti del sospettato”.¹¹²

La riparazione può invece rilevare, in prospettiva di rinuncia alla pena, quando la querela è espressione della volontà del legislatore di assicurare prevalenza all'interesse privato della persona offesa dal reato, rispetto a quello pubblico alla punizione del colpevole, in rapporto a fattispecie lesive essenzialmente di beni giuridici privati,¹¹³ o a fattispecie in cui vi è una possibile “divergenza di valutazione tra l'interesse pubblico alla sussistenza del divieto e quello alla concreta repressione

¹⁰⁸ C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 143; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 271. Come evidenzia F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 384, l'art. 5 c.c. può essere esteso analogicamente anche agli altri beni personalistici la cui offesa è graduabile, come la libertà e l'onore.

¹⁰⁹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 251; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 383; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 269 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 243.

¹¹⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 96, la quale si sofferma tuttavia sulla lettura offerta dalla Corte Costituzionale, in tema di compatibilità di tale disciplina con l'art. 112 Cost.

¹¹¹ M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 286. G. BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, Torino, Utet, 1915, 8, parla di una “collisione d'interessi”.

¹¹² W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 220. Cfr. anche F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 5 ss.

¹¹³ G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 248; G. QUINTERO OLIVARES, *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, cit., 126; M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 286; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 486.

del fatto vietato”,¹¹⁴ o quando – seconda un’ulteriore, diversa lettura – manca, o è tenue, un interesse autonomo statale all’irrogazione della sanzione ed è presente invece un interesse alla composizione del conflitto.¹¹⁵

Se la remissione della querela – che, non a caso, rileva sempre soltanto nella seconda categoria di casi – trova fondamento nell’avvenuta realizzazione dell’interesse privato in forma diversa da quella del ricorso alla sanzione,¹¹⁶ è chiaro che il legislatore, di fronte a questi reati, ha ritenuto che si possa rinunciare alla pena, per scelta del privato, senza che ne risenta l’effettività del sistema. A maggior ragione, ben potrebbe riconoscere al giudice, espressione dell’autorità pubblica – in presenza di una condotta pienamente riparatoria posta in essere nell’interesse dell’offeso, ma che quest’ultimo non ha voluto riconoscere – un ulteriore vaglio sul permanere delle ragioni per dar corso al procedimento e punire.

E’ molto interessante evidenziare, in prospettiva di riforma, come la distinzione qui operata tra i reati scriminabili con il consenso ed i reati procedibili a querela possa, peraltro, considerarsi in parte¹¹⁷ superabile laddove si addivenga ad un coerente ampliamento della seconda categoria, sulla scorta delle indicazioni di Giunta, proprio ai reati che sono scriminabili in forza del consenso dell’avente diritto,¹¹⁸ affinché la procedibilità a querela possa, di regola, riflettere sul piano processuale la disponibilità del bene che l’ordinamento riconosce al suo titolare.¹¹⁹

Attraverso la strada qui tratteggiata, sia che si scelga di estendere la procedibilità a querela, sia che ci si limiti a consentire di definire il procedimento attraverso la valorizzazione delle condotte riparatorie applicate ai reati già

¹¹⁴ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 24, 197 ss.

¹¹⁵ A. MAZZONE, *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, Milano, Giuffrè, 1987, 83. G. BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, cit., 8 s., parla esclusivamente di “insufficienza d’interesse pubblico”. B. CALDERANO, *Contributo allo studio del diritto di querela*, Cedam, Padova, 1978, 22 ss., si sofferma sulle diverse teorie elaborate in merito al fondamento della querela, facenti capo prevalentemente al criterio distintivo o della tenuità del pubblico interesse o della volontà del singolo offeso dal reato.

¹¹⁶ A. MAZZONE, *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, cit., 84 ss.; E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, cit., 189.

¹¹⁷ Con l’eccezione, naturalmente, dei reati procedibili a querela che sono già posti a presidio di beni non disponibili.

¹¹⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 326. Sulla possibilità di estendere il numero dei reati perseguibili a querela si sofferma anche M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 892.

¹¹⁹ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 26.

appartenenti alle categorie indicate, si ritiene che il quadro potrebbe assumere un'apprezzabile coerenza.

Per questi reati sarebbe concretamente possibile dar corso ad una procedura mediativa, già sapendo di disporre di uno strumento adeguato per impedire che, in ipotesi di esito positivo, il procedimento penale debba avere ulteriormente corso. Nelle ipotesi in cui, poi, la mediazione non fosse praticabile per mancanza di mezzi, strutture o anche solo per il rifiuto legittimamente espresso dalla vittima o, comunque, per scelta di quest'ultima, non si giungesse ad un esito positivo della procedura, con contestuale remissione, ove possibile, della querela, si riconoscerebbe al giudice, in presenza di idonee condotte riparatorie, il potere di evitare ogni discriminazione a danno dell'autore del fatto, conservando in capo all'autorità giurisdizionale la scelta ultima sulla pronuncia che estingue il reato.¹²⁰

Come è già stato ricordato, che sia sufficiente, per il reo, impegnarsi per ottenere una composizione e che non si richieda come presupposto la sua riuscita, appare “ragionevole e giusto. Le conseguenze giuridiche non possono dipendere dal fatto casuale che la vittima sia disposta a entrare genericamente in contatto con il reo”.¹²¹

Per mezzo dell'istituto “si restituisce valore alla figura dell'offeso”, non tanto attraverso il riconoscimento di un suo potere di iniziativa, ma soprattutto attraverso la valutazione del soddisfacimento del suo interesse.¹²²

3.2.3 Presupposti applicativi dell'istituto

Quanto, infine, ai presupposti applicativi dell'istituto, l'art. 35 d.lgs. 274/2000 rappresenta una significativa novità, anche rispetto al contesto europeo che abbiamo considerato, in quanto richiede congiuntamente – di regola, entro l'udienza di comparizione – il risarcimento del danno civile ed il compimento di condotte che assumono un significato sul piano dell'offesa (la “riparazione del fatto”, secondo la concezione tedesca), qui definito come eliminazione delle conseguenze dannose e

¹²⁰ Come rileva F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 105, nella prassi, “la remissibilità della querela funziona sovente da strumento di ricatto e di negoziazione stragiudiziale”.

¹²¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 232.

¹²² S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 332.

pericolose del reato. A tali requisiti si associa un giudizio di “equivalenza sanzionatoria” sul piano delle finalità della pena.

L’istituto appare ben strutturato. In tal modo viene esclusa, a chiare lettere, la non punibilità a seguito di una semplice condotta risarcitoria – che pur non è del tutto priva di una possibile valenza punitiva ed è in grado di conseguire alcuni risultati utili sul piano della soddisfazione della vittima – e, quindi, non si origina il messaggio che essa possa essere svenduta ed acquistata.¹²³ Sul modello dell’*AE-WGM*,¹²⁴ che prevedeva infatti la possibilità di cumulare diverse prestazioni (a differenza del più criticabile §46a StGB), per tale via si mira ad assicurare l’uguaglianza sostanziale dei cittadini davanti alla legge, anche minando le sicurezze dell’autore economicamente agiato che si illuda di compensare le conseguenze del fatto attraverso la mera corresponsione di somme di denaro.

Come abbiamo proposto, favorendo una particolare lettura della nozione di “eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose” da una prospettiva che appare più coerente con quella della giustizia riparativa, si può valorizzare, per tale via, l’istituto che più la caratterizza, evidenziando come la mediazione stessa possa rappresentare una forma di riparazione morale nei confronti della vittima.¹²⁵

Più in generale, in questo modo è possibile riferirsi ad un significato ampio di riparazione, che in qualche misura mira a ripristinare l’ordine violato dal reato o, come è stato affermato, a “porre rimedio alla lesione del reato”,¹²⁶ nella prospettiva della reintegrazione del “bene pregiudicato dall’azione criminosa”,¹²⁷ ma anche negli aspetti immateriali dell’offesa quali il dialogo, il rispetto, la dignità e l’autostima della persona offesa, la sofferenza fisica e psicologica,¹²⁸ un significato, quindi,

¹²³ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 921.

¹²⁴ E’ proprio con riferimento al progetto tedesco che si evidenziava fermamente come la riparazione non afferisse alla sola area del diritto civile: D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 331.

¹²⁵ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, cit., 151.

¹²⁶ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 25.

¹²⁷ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 988. L’offesa al bene giuridico può assumere naturalmente la forma di “danno effettivo o di messa in pericolo”, come precisa D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 181.

¹²⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 53; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 70; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 104 s.

distinto da quello di mero risarcimento del danno, che rappresenta unicamente una forma di riparazione a carattere patrimoniale, tipica del diritto civile.

Qualche perplessità, a dire il vero, può essere manifestata proprio con riferimento alla formula “eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose”, che è stata adottata per riferirsi a questa dimensione, ma che è ancora priva di una definizione pacifica.¹²⁹ Essa potrebbe così essere sostituita od integrata con un riferimento a “condotte dirette a riparare l’offesa arrecata con il reato, nello sforzo di raggiungere una composizione del conflitto con la vittima/persona offesa”.

Se, in prospettiva di riforma, appare indispensabile riconoscere, in via generale, che la componente risarcitoria della riparazione possa essere integrata anche da una prestazione di terzi nell’interesse del reo e, più in particolare dell’assicurazione, residuando comunque sempre come dovuto un contributo di natura personale sul fronte dell’offesa penale, certamente non si può sottovalutare, sul piano della necessaria integralità della riparazione/risarcimento, l’eventualità che essa non sia soggettivamente possibile, in casi di assoluta indigenza.¹³⁰ Ferma la necessità di riparare l’offesa, può essere interessante considerare le proposte di apertura a forme di riparazione simbolica, come il lavoro a favore della comunità, da utilizzarsi in via integrativa, sull’esempio dell’*AE-WGM*,¹³¹ quando l’autore, a causa delle sue condizioni, non sia in grado di risarcire integralmente il danno, ma ne abbia comunque risarcita una parte.¹³²

Altra questione si pone con riferimento al *quantum* del risarcimento che è difficile da stabilire, ma che, in linea generale, non dovrebbe mai essere legislativamente predeterminato in modo rigido, al fine di non consentire un calcolo

¹²⁹ D. FONDAROLI, *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, cit., 105. Sul punto, cfr. anche A. MELCHIONDA, *L’oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 102, che, in tema di oblazione, evidenzia come sussistano diverse difficoltà interpretative in ordine all’esatta individuazione di quali elementi debbano essere presi in considerazione ai fini di tale valutazione.

¹³⁰ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184. E’ un problema che si pone anche M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, cit., 893.

¹³¹ In base al §3 del Progetto di riforma, un tanto è possibile nei casi di particolari condizioni economiche e personali e di colpevolezza di lieve entità.

¹³² Cfr. A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1005; ID., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 597.

anticipato – rispetto al fatto – della sua entità, con conseguente riduzione dell'efficacia generalpreventiva dell'istituto.¹³³

La necessità di affiancare alla prestazione risarcitoria un'altra *lato sensu* riparatoria, però, potrebbe consentire il diffondersi di alcuni parametri uniformi di liquidazione, da utilizzare con una certa larghezza nella valutazione del danno morale, senza incorrere nel rischio enunciato, che si vuole in tutti i modi evitare.

Quanto, infine, al giudizio di equivalenza sanzionatoria, non si può che riproporre una parte delle considerazioni svolte analizzando il microsistema del giudice di pace, dove si è posto l'accento esclusivamente sulle esigenze specialpreventive. Per quanto concerne, invece, l'esclusione della valorizzazione espressa della dimensione generalpreventiva, non essendo qui possibile richiamare le caratteristiche del sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. 274/2000, è possibile ribadire come, a fini di prevenzione generale, sia già importante che il riconoscimento dell'estinzione, anche sulla scorta di diversi presupposti supplementari al risarcimento, non sia mai scontato.

4. La giustizia riparativa tra suggestioni, rischi e vie concretamente percorribili

Fin dalle prime pagine di questo lavoro si è posto l'accento sulla complessità della materia che ci si trovava ad indagare.

In tale complessità si individuano due tendenze tra loro confliggenti.

Da una parte, si ha l'impressione che molti sostenitori della giustizia riparativa preferiscano rifugiarsi in una sorta di “nicchia giuridica, presuntivamente depositaria di una sorta di messaggio messianico (meta-penalistico) in nome del quale superare i canoni della giustizia penale tradizionale”.¹³⁴

Dall'altra parte, quella istituzionale, vi sono ancora molte resistenze formulate da coloro che sono seriamente preoccupati dei rischi connessi alla giustizia informale, non appena essa venga ad essere innestata in quella tradizionale.

¹³³ A. MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 992.

¹³⁴ F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit., 13.

E' possibile far convivere logica giudiziaria e logica riparativa? Non si tratta di una sfida semplice, ma si tratta, comunque, di una sfida opportuna, se lanciata con le dovute cautele.

Chi pretenda delle prove scientifiche in materia non può che andare incontro ad una delusione. Come è stato lucidamente osservato, “anche quando ci muovevamo nell’orizzonte culturale della prima modernità con le connesse pretese di scientificità forte, quali prove scientifiche siamo riusciti ad addurre del fatto che la pena tradizionale produce effetti di prevenzione generale e/o speciale?”¹³⁵

Così, in luogo di prove scientifiche, abbiamo cercato delle argomentazioni coerenti e delle ipotesi praticabili, ponendo l’attenzione sulla molteplicità degli obiettivi significativi per la giustizia penale che la *restorative justice* può contribuire a raggiungere, facendo convergere almeno tre diversi punti di osservazione: quello della vittima, quello del reo e quello dell’efficienza del sistema.¹³⁶

Quanto alla vittima, un profilo, in particolare, deve essere ribadito.

Quando si affrontano queste tematiche e la si assume a protagonista, ancorchè secondaria, del meccanismo punitivo, si dà spazio al suo senso di auto-responsabilità nel dominio della giustizia penale. L’apertura di credito nei confronti di chi ha subito il reato può essere rischiosa per il reo e, come tale, non può essere incondizionata.¹³⁷ Se, quindi, è necessario tener ben presente che “non è solo l’autore, ma anche la vittima che deve essere educata, affinché non chieda una risposta meramente retributiva”,¹³⁸ nel frattempo, come abbiamo illustrato, si devono cercare dei correttivi, che potrebbero anche contribuire a tale scopo.

Un’adeguata disciplina delle condotte riparatorie, almeno nel nostro ordinamento, può rappresentare una risposta al problema. Non vi è dubbio, infatti, che lo Stato non può imporre il perdono, ma solo favorirlo; tuttavia esso non può certo rimanere indifferente rispetto a rei che si attivino, con condotte positive, per cercare un dialogo con la vittima, riparando danno ed offesa.

¹³⁵ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Nota introduttiva*, cit., 9.

¹³⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 249.

¹³⁷ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., 117, parla di “piste molto scivolose”.

¹³⁸ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, cit., 954.

Proprio grazie alla connessione tra la mediazione penale, adeguatamente disciplinata, ed un istituto ben congegnato in materia di riparazione – che il giudice è chiamato ad applicare previa verifica rigorosa dei suoi presupposti – il modello si allontana del tutto da pericolose forme di privatizzazione della giustizia penale,¹³⁹ senza perdere la sua prima vocazione: quella di contribuire “alla moderna tendenza verso una umanizzazione del diritto penale”,¹⁴⁰ che giovi contestualmente al reo ed all’“interesse” della vittima.

Gli entusiasmi, però, non vanno troppo incoraggiati, pena il rischio di rimanere disillusi di fronte alle inevitabili difficoltà che già hanno cominciato ad emergere; di sottovalutare i limiti – prima di tutto sul terreno dell’ambito operativo – che gli strumenti analizzati presentano o, con effetti ancora più gravi, i rischi cui essi sono esposti sul piano delle garanzie.

“Mediazione e giustizia riparativa”, come è stato affermato, “non sono – non saranno mai – la *parola ultima* sulla domanda di giustizia”, una domanda che invero eccede “qualsiasi umana parola (o umana intrapresa).” Essi sono solo “un abbozzo di risposta a partire dal sentimento di ingiustizia”.¹⁴¹

Questa risposta presenta però dei tratti originali e, quando si inserisce nel contesto della giustizia penale istituzionale, deve essere adeguatamente declinata secondo le categorie penalistiche. Come è stato correttamente rilevato, se il modello penale illuministico può avere erroneamente creduto di razionalizzare le passioni degli individui in uno schema coerente di diritti e di doveri, è anche vero che proprio grazie a tale modello si sono affermati dei principi irrinunciabili per la giustizia penale (legalità, proporzione, non colpevolezza). Non si tratta di scegliere da che parte stare, ma di tentare di tratteggiare un disegno d’insieme,¹⁴² includendo nella

¹³⁹ Come evidenzia M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., 1060, è il momento autoritativo che continua a distinguere nettamente il processo penale da quello civile. Sulla necessità di mantenere la distinzione tra diritto civile e diritto penale si sofferma anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 14, 21.

¹⁴⁰ M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., 26.

¹⁴¹ C. MAZZUCATO, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, cit., 192.

¹⁴² F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, cit. 13.

riflessione penale elementi innovativi provenienti da varie prospettive di analisi solo in apparenza eterodosse.¹⁴³

¹⁴³ D. CASTRONUOVO, *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e tecniche deflative*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, cit., 211, afferma: “Si tratta, talvolta, anche di sporcarsi le mani col “nuovo”, di confrontarsi con esso: per vincere una ortodossia che, altrimenti, sembra condannarsi, da se medesima, al nulla”.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, Verlag C.H. Beck, 1992.

AA.VV., *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Milano, Vallardi, 1921.

AA.VV., *Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004.

AERTSEN I., WILLEMSSENS J., *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, n. 9, 291 ss.

AGHINA E., *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 44 ss.

AGUILERA MORALES M., *La mediación penal: ¿quimera o realidad?*, in *Revista Electrónica de Derecho (REDUR 9)*, dic. 2011, 127 ss.

AIMONETTO M.G., *Azione penale e ruolo della vittima in Italia e in Francia*, in *Ind. Pen.*, 1995, n.1, 185 ss.

AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, 99 ss.

ALASTUEY DOBÓN M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanchí, 2000.

ALBAMONTE E., *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, in *Riv. Pen.*, 2002, 857 ss.

ALEXANDER N., GOTTWALD W., TRENCZEK T., *Mediation in Germany. The Long and Winding Road*, in N. ALEXANDER (ed. by), *Global Trends in Mediation*, 2° Ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 223 ss.

ALTENHAIN K., *Absprechen in German Criminal Trials*, in S.C. THAMAN (ed. by), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, 157 ss.

- AMATO G., *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 124 ss.
- AMATO G., *Dibattimento snello ma senza riti alternativi*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 117 ss.
- AMATO G., *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2000, n. 38, 112 ss.
- AMBROISE-CASTEROT C., BONFILS P., *Procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, Istituto Italiano Arti Grafiche, 1930.
- ANTONINI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, Giuffrè, 1990.
- APRILE E., *IL ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1722 ss.
- APRILE E., *La competenza penale del giudice di pace*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, 2007.
- ARIOLLI G., *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2009.
- ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.
- ARMONE G., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, IV, 204 ss.
- ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, Bononia University Press, 2009.
- BACCARI G.M., *Gli aspetti processuali della competenza penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 125 ss.
- BACHMAIER L., DEL MORAL GARCÍA A., *Criminal Law in Spain*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- BALDI F., *La particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 81 ss.

BANNENBERG B., *Victim-Offender Mediation in Germany*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 251 ss.

BARONA VILAR S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

BARTOLI R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172 ss.

BARTOLI R., *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 377 ss.

BARTOLI R., *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 101 ss.

BARTOLI R., *L'irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss.

BATTAGLINI G., *Il diritto di querela*, Torino, Utet, 1915.

BAZEMORE G., WALGRAVE L., *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in ID. (ed. by), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Arm of Youth Crime*, Monsey, Criminal Justice Press, 1999, 45 ss.

BELLUTTA H., *Archiviazione* in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 141 ss.

BERNARDI A., *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 113 ss.

BIANCHI D., *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 341 ss.

BIANCHI D., *Sull'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento per avvenuta riparazione del danno ex art. 35 d.lgs. 274/2000 (2012)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>

BISORI L., *L'insolvenza fraudolenta*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. I delitti contro il patrimonio. Vol.X*, Torino, Utet, 2011, 626 ss.

- BLUME LEONARD P., *An Introduction to Restorative Justice*, in E. BECK, N. P. KROPF, P. BLUME LEONARD (ed. by), *Social Work and Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 31 ss.
- BOLOGNA M., *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità: la mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 749 ss.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, 2010.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation sociale et pénale*, in AA.VV. *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Editions érès, 2002, 15 ss.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros-alternatives, 1992.
- BONAFÉ-SCHMITT J.P., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 21 ss.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, 491 ss.
- BONINI V., *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 249 ss.
- BOUCHARD M., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 28 ss.
- BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. Giust.*, 1992, n. 3-4, 770 ss.
- BOUCHARD M., *La riparazione come risposta all'ingiustizia*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 81 ss.
- BOULISSET P., *Guide de la médiation*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2006.
- BOULOC B., *Procédure pénale*, 23° Ed., Paris, Ed. Dalloz, 2012.
- BRAITHWAITE J., *Principles of Restorative Justice*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 1 ss.

BRICOLA F., *Diritto premiale e sistema penale (1983)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1459 ss.

BRICOLA F., *Intervento sul tema: "l'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, 31 ss.

BRICOLA F., *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.

BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1968, vol. XIV, 588 ss.

BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)*, in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, vol. I, tomo II, 1475 ss.

BRONZO P., GALLUCCI E., *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, 39 ss.

BRUNELLI D., *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: la tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 117 ss.

BRUNELLI D., *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 401 ss.

BRUNELLI D., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla "certezza" della esecuzione*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 77 ss.

BRUTTI C., BRUTTI R., *Sul testo di Giovanni Rossi*, in ID. (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 67 ss.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 5° Ed., Padova, Cedam, 2012.

CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003.

CALDERANO B., *Contributo allo studio del diritto di querela*, Cedam, Padova, 1978.

CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, II vol., 1 ss.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007.

CAPPONI B., *Art. 36*, in M. ACONE, B. CAPPONI, C. CECHELLA, G. MANZO, *Il giudice di pace. Commento alla legge n. 374/1991*, Napoli, Jovene, 1992, 237 ss.

CAPRIOLI F., *Esercizio dell'azione penale: soggetti, morfologia, controlli*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 165 ss.

CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994.

CAPRIOLI F., *La funzione d'accusa nel procedimento di pace: coordinate sistematiche e prassi applicative*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 129 ss.

CAPRIOLI F., MELILLO G., RUGGIERI F., SANTALUCIA G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496 ss.

CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009.

CARAVITA DI TORITTO B., *Il giudice onorario nella prospettiva costituzionale* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 31 ss.

CARBONE L., *Le iniziative legislative in materia di giudice di pace*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 56 ss.

CARCANO D., *Archiviazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 167 ss.

CARIO R., *Justice restaurative*, Paris, L'Harmattan, 2005.

CASADO CORONAS C., *Restorative Justice: an Agenda for Europe. Supporting the Implementation of Restorative Justice in the South of Europe (Final Report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147)* (2008), in <http://www.euforumrj.org>

CASAROLI G., *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 560 ss.

CASAROLI G., *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Indice pen.*, 1990, 277 ss.

CASTELLI S., *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortina Ed., 1996.

CASTRONUOVO D., *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e tecniche deflative*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 203 ss.

CATALDO M.E., *Il procedimento penale davanti al giudice di pace in Spagna*, in *Indice pen.*, 2001, 919 ss.

CAUTERUCCIO R., *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1293 ss.

CAVALLA F., *La pena come riparazione*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 1 ss.

CERESA-GASTALDO M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415 ss.

CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 6, 772 ss.

CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 2008, 1, 201 ss.

CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 65 ss.

CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 19 ss.

CERETTI A., *Percorsi del riconoscimento: i rei*, in M.A. FODDAI, (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 75 ss.

CERETTI A., *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 85 ss.

CERVETTI F., SPRIANO M., *La sentenza penale del giudice di pace*, Torino, Giappichelli, 2006.

CESARI C., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 727 ss.

CESARI C., *La particolare tenuità del fatto*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 325 ss.

CESARI C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2005.

- CHIARLONI S., *Quattro progetti per un nuovo giudice onorario*, in *Documenti Giustizia*, 1989, n. 10-11, 34 ss.
- CHIARLONI S., *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.*, 1989, V, 14 ss.
- CHIAVARIO M., *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.
- CHIAVARIO M., *La Justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, pp. 27 ss.
- CHIAVARIO M., *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 407 ss.
- CHINDEMI D., *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 01, 198 ss
- CHINNICI D., *Paradigma mediativo come alternativa al modello "autoritario": affresco idilliaco o strada percorribile?*, in *Indice Pen.*, 2007, 483 ss.
- CHRISTIE N., *Conflicts as Property (1977)*, in HOYLE C. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 19 ss.
- CIAPPI S., COLUCCIA A., *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, Franco Angeli, 1997.
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CINGARI F., *La competenza penale del giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2001, 373 ss.
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato (2012)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>
- COMI V., *Procedimento dinanzi al giudice di pace*, in C. SANTORIELLO (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali. Tomo II*, Torino, Giappichelli, 2010, 3 ss.
- CORDERO F., *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 665 ss.
- COSI G., *Introduzione*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, VII ss.
- COSI G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 2007.

DALY K., *Restorative Justice. The Real Story*, in E. McLAUGHLIN, R. FERGUSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 195 ss.

DE AMICIS G., *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, n. 15, 26 ss.

DE FRANCESCO A., *L'erosione del principio della direzione delle indagini e del monopolio nell'azione penale del pubblico ministero nel procedimento penale avanti al giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2003, 167 ss.

DE FRANCESCO G., *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Leg. Pen.*, 2001, 193 ss.

DEL TUFO M., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.

DEL TUFO M., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 107 ss.

DEL TUFO M., *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990.

DEL TUFO M., *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1993, 996 ss.

DERVIEUX V., *Il processo penale in Francia*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 103 ss.

DESSPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Paris, Ed. Economica, 2009.

DESSPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, 16° Ed., Paris, Ed. Economica, 2009.

DI BUGNO C., *Competenza per materia*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 43 ss.

DI CHIARA G., *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 311 ss.

DI CHIARA G., *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 500 ss.

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, Giuffrè, 1998.

DI MARTINO A., *Sanzioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 435 ss.

DIOTALLEVI G., *Soggetti, giurisdizione e competenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 24 ss.

DOLCINI E., *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1369 ss.

DONINI M., *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 221 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, vol. II, 889 ss.

DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 75 ss.

DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1035 ss.

DOVERE S., *Oblazione: applicabilità anche ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 470 ss.

DREYER E., *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *JCP-La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 14, 2008, 21 ss.

DÜNKEL F., *La mediazione (Täter-Opfer-Ausgleich) in Germania*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 117 ss.

DUSSICH J.P., SCHELLENBERG J. (ed. by), *The Promise of Restorative Justice. New Approaches for Criminal Justice and Beyond*, Boulder Colorado, London, Lynne Rienner Publishers, 2010.

ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1061 ss., traduzione ad opera di D. FONDAROLI, del contributo: *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, in U. IMMENGA, W. MÖSCHEL, D. REUTER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, 1005 ss.

ESER A., *Giustizia penale “a misura d’uomo”*. *Visione di un sistema penale e processuale orientato all’uomo come singolo e come essere sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1063 ss.

ESTIRADO DE CABO C., *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, in M.G. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 207 ss.

EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.

EUSEBI L., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l’ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, 637 ss.

EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 55 ss.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 17 ss.

EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, 1109 ss.

EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.

EUSEBI L., *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 55 ss.

FAGET J., *L’institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l’exemple français*, in M. JACCOUD (sous la dir. de), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris, L'Harmattan, 2003, 227 ss.

FAGET J., *La double vie de la médiation*, in *Droit et Société*, 1995, n. 29, 25 ss.

FAGET J., *La médiation pénale. Une dialectique de l’ordre et du désordre*, in *Déviance et Société*, 1993, 221 ss.

FAGET J., *Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 75 ss.

FAGET J., *Les "accomodements raisonnables" de la médiation pénale*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2009, 981 ss.

FAGET J., *Médiation pénale et travail d'intérêt général en France*, in P. MARY (sous la direction de), *Travail d'intérêt général et médiation pénale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 67 ss.

FAGET J., *The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of penal mediation*, in I. AERTSEN, T. DAEMS, L. ROBERT (ed. by), *Institutionalizing Restorative Justice*, Cullompton, Willan, 2006, 151 ss.

FATTAH E.A., *Criminology: Past, Present and Future*, Houndmills (and oth.), Macmillan, 1997, 148.

FEIJOO SÁNCHEZ B.J., *Atenuantes*, in J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica Jurisprudencial del Código Penal: Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, Madrid, Bosch, 2006, 97 ss.

FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 9 ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1990.

FIANDACA G., *Diritto penale e processo*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 65 ss.

FIANDACA G., *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune* (2001), in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, 145 ss.

FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 138 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 6° Ed., Bologna, Zanichelli, 2010.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tomo II. I delitti contro il patrimonio*, 5° Ed., Bologna, Zanichelli, 2008.

FIANDACA G., VISCONTI C., *Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, Giappichelli, 2009, 7 ss.

FIDELBO G., GALLUCCI E., *Le nuove competenze penali del giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2002, 7 ss.

FIDELBO G., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 32 ss.

FIDELBO G., *Ricorso immediato al giudice*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 215 ss.

FILIPPI L., *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in A. SCALFATI, (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 265 ss.

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, 2008.

FISCHER T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59° Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2012.

FLOR R., MATTEVI E., *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>

FLORA G., *Il sistema delle sanzioni nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace*, in *Indice pen.*, 2001, 1201 ss.

FLORA G., *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 149 ss.

FODDAI M.A., *Mediazione e giudizio: due nozioni di responsabilità*, in ID. (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 53 ss.

FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999.

FONDAROLI D., *Risarcimento e/o riparazione come causa di esclusione e/o di estinzione della punibilità: così è (se vi pare)*, in M. MANZIN (a cura di), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Trento, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2002, 103 ss.

FONDAROLI D., *Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del "danno da reato"*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2011, 29 ss.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993.

FORNASARI G., *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il*

volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace, Milano, Giuffrè, 2002, 69 ss.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000.

FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 283 ss.

FRATUCELLO S., *Quale giudice è competente per il reato di lesioni colpose gravi e gravissime, commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, n. 6, 591 ss.

FREIRE PÉREZ R.M., *Reparación e conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados*, in R. SÁEZ VALCÁRCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 87 ss.

GALAIN PALERMO P., *¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*, in M. ONTIVEROS ALONSO, M. PELÁEZ FERRUSCA (coord.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, 493 ss.

GALAIN PALERMO P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

GALAIN PALERMO P., *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*, in *Revista penal*, 2009, n. 24, 71 ss.

GALAIN PALERMO P., *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 21 ss.

GALANTINI N., *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 217 ss.

GALLUCCI E., *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, in *Cass. Pen.*, 2002, 14 ss.

GALLUCCI E., *Giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 41 ss.

GALLUCCI E., *La conciliazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 33 ss.

GAMBERINI G., *Le politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 159 ss.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN J., *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2010, IV, n.3, 143 ss.

GAROFALO R., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1887.

GARUTI G., *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 139 ss.

GARUTI G., *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 103 ss.

GASCÓN INCHAUSTI F., VILLAMARÍN LÓPEZ M.L., *Criminal Procedure in Spain*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 541 ss.

GATTI U., MARUGO M. I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 87 ss.

GAVRIELIDES, T., *Restorative Justice Theory and Practice*, Helsinki, European Inst. for Crime Prevention and Control, 2007.

GIARDA A., *Principi e regole del "procedimento"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 69 ss.

GIBBS J.L., *The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes*, in *Africa: Journal of the International African Institute*, Vol. 33, No. 1., 1963, 1 ss.

GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, Giuffrè, 1993.

GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss.

GIUNTA F., *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Critica dir.*, 2004, 264 ss.

GIUNTA F., *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 399 ss.

GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 343 ss.

GIUNTA F., *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, Cedam, 2007, 101 ss.

GORDILLO SANTANA L. F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.

GROSSO C. F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come estrema ratio di tutela penale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 99 ss.

GRUNVALD S., DANET J., *La composition pénale. Une première evaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004.

GUERRA S., *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 497 ss.

GULOTTA G., *La vittima*, Milano, Giuffrè, 1976.

GUZMÁN DALBORA J.L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Ed. it. a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009.

HARRIS M. K., *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice (1991)*, in E. McLAUGHLIN, R. FERGUSSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 31 ss.

HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Verlag C.H. Beck, 1981.

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss.

HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 417 ss.

HASSEMER W., MUÑOS CONDE F., *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER W., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, traduzione ad opera di D. SIRACUSANO, del volume: *Warum Strafe sein muss. Ein Plaedoyer*, Berlin, Ullstein Buchverlage GmbH, 2009.

HIRSCH H.J., *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal* (1989), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo III, 171 ss.

HIRSCH H.J., *El tratamiento de la criminalidad de bagatella en la República Federal Alemana* (1980), in ID., *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal, 1999, Tomo II, 245 ss.

HIRSCH H.J., *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 277 ss., traduzione ad opera di G. FORNASARI del contributo: *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, ZStW, 1990, 534 ss.

HIRSCH H.J., *Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 377 ss.

HULSMAN L., *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 71 ss.

HULSMAN L., *Alternative alla giustizia criminale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 305 ss.

HULSMAN L., BERNAT DE CELIS J., *Peines perdues*, Paris, Le Centurion, 1982.

IACOBONI A., *La competenza penale del giudice di pace*, in *Foro it.*, 2001, V, 61 ss.

ILLUMINATI G., *Il processo penale del giudice di pace* (presiede G. Lattanzi), in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1997, 44 ss.

JACQUOT S., CHARPENEL Y., *La justice réparatrice*, Paris, L'Harmattan, 2012.

JARVERS K., *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. La prospettiva tedesca*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 1 ss.

JECKEL I., *Schadenswiedergutmachung gem. §46a Nr.2 StGB über anwaltliche Schlichtungsstellen*, Frankfurt am Main, Lang, 2003.

JESCHECK H.H., *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2° Ed., Padova, Cedam, 2003, 1 ss.

JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° Auf. (neubearb.), Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

JOHNSTONE G. e VAN NESS D. W., *The Meaning of Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 5 ss.

JOHNSTONE G. *Introduction: Restorative Approaches to Criminal Justice*, in ID. (ed. by), *A Restorative Justice Reader. Texts, Sources, Context*, Cullompton, Willan, 2003, 1 ss.

JOHNSTONE G., *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in H.V. MILLER, (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008, 59 ss.

JULLION D., *Victim-Offender Mediation in France*, in AA.VV., *Victim-Offender Mediation in Europe (European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, Leuven, Leuven University Press, 2000, 211 ss.

JUNG C.A., *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, Hamburg, Kovač, 2008.

JUY-BIRMANN R., *Il processo penale in Germania*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss.

KASPEREK S., *Zur Auslegung und Anwendung des § 46 a StGB*, Frankfurt am Main, Lang, 2002.

KERNER H.J. (Hrsg.), *Opfer und Täter*, Tübingen, Tobias-lib, 2003.

KERNER H.J., HARTMANN A., LENZ S., *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2005.

KRAUSS D., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 283 ss.

KURKI L., *Evaluating Restorative Justice Practices*, in AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice. Competiting or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Portland, Hart, 2003, 293 ss.

LA ROSA E., *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1282 ss.

LACKNER K., KÜHL K., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27° Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2011.

LANTHIEZ M.L., *La clarification des fondements européens des droits des victimes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dirigé par), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Univ. de France, 2008, 145 ss.

LANZA L., *la tutela della vittima nel sistema penale italiano*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 27 ss.

LARIZZA S., *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 97 ss.

LAUWAERT K., AERTSEN I., *Restorative Justice: Activities and expectations at European level*, in ERA – Forum, 2002, Vol. 3. N. 1, 27 ss.

LEBÉHOT T., *La cadre juridique de la médiation pénale*, in *AJ Pénal*, 2011, 216 ss.

LENMAN B., PARKER G., *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL, B. LENMAN, G. PARKER (ed. by), *Crime and the Law*, London, Europa Publ., 1980, 11 ss.

LENZ S., WEITEKAMP E.G.M., KERNER A.G., *Depicting the Development of Victim-Offender Mediation. Empirical Research on Restorative Justice in Germany*, in I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS (ed. by), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 121 ss.

LEONCINI I., *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 441 ss.

LEONCINI I., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Archivio Giuridico*, 2003, III, 381 ss.

LI VECCHI R., *La pena è necessaria, utile ed efficace? Il grande dilemma del diritto penale*, in *Riv. Pen.*, 1991, 11 ss.

LIEBMANN M., *Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2007.

LOCATELLI G., *Sub art. 641 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, 5° Ed., Milano, Giuffrè, 2011, 4726 ss.

LOCKE J., *Trattato sul governo*, Roma, Ed. Riuniti, 2002, traduzione ad opera di L. FORMIGARI, del secondo dei *Two Treaties of Government*, London, 1690.

LONDON R., *Crime, Punishment, and Restorative Justice. From the Margins to the Mainstream*, Boulder Colorado, London, FirstForumPress, 2011.

LUPARIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 ss.

MACRÌ F., *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 3 ss.

MANNA A., *La competenza. La riforma delle sanzioni. La mediazione* (presiede F. Petrelli), in *Giustizia e Costituzione*, 1997, n. 3-4, 21 ss.

MANNA A., *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, 957 ss.

MANNA A., *Risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Indice pen.*, 1991, 591 ss.

MANNA A., *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica dir.*, 2001, 381 ss.

MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 117 ss.

MANNOZZI G., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, 27 ss.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.

MANNOZZI G., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in ID. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 5 ss.

MANNOZZI G., *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della “Dichiarazione di Vienna”*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2000, 1-3, 1 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, 7° Ed., Padova, Cedam, 2011.

MANTOVANI F., *La “perenne crisi” e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, 1171 ss.

MANZANARES SAMANIEGO J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007.

MANZIONE D., *Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 27 ss.

MARINI R., *La posizione della parte civile e l'intervento adesivo dell'offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 249 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 3° Ed., Milano, Giuffrè, 2001, vol. I, 655 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, 4° Ed., Milano, Giuffrè, 2012.

MARSHALL T.F., *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999.

MARTINI A., *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 179 ss.

MARTUCCI P., *Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di "sperimentazioni"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1413 ss.

MARZADURI E., *Giudizio di primo grado*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 273 ss.

MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 7 ss.

MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 1992, 2236 ss.

MATHIAS E., *Alternatives punitives consensuelles: leurres et travers de la répression volontaire*, in *Gaz. Pal. Rec.*, 2006, doct., 2831 ss.

MATHIEU V., *Perché punire?*, Macerata, Liberilibri, 2007.

MATTEVI E., *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 41 ss.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 3° Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

MAZZA F.A., *Il percorso legislativo della competenza penale (2001)*, in http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idCat=19&idArt=4387.

MAZZONE A., *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, Milano, Giuffrè, 1987.

MAZZUCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 140 ss.

MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessioni tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 85 ss.

MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSI, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003, 151 ss.

MAZZUCATO C., *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 165 ss.

MBANZOULOU P., *La médiation pénale*, 2° Ed., Paris, L'Harmattan, 2004.

MCCOLD P., *The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles, and Conferencing*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 136 ss.

MCCOLD P., *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 ss.

MCCOLD P., WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice* (2003), in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=424>.

MCLAUGHLIN E., FERGUSON R., HUGHES G., WESTMARLAND L., *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, London, Thousand Oaks, New Dehli, SAGE in association with The Open University, 2003, 1 ss.

MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.

MELCHIONDA A., *L'oblazione dei reati tributari*, in L. STORTONI, P. CORSO (a cura di), *I reati in materia fiscale*, Torino, Utet, 1990, 43 ss.

MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2008.

- MENNA M., *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 269 ss.
- MIERS D., *An International Review of Restorative Justice*, London, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 2001.
- MINCKE C., *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010.
- MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica dir.*, 2004, 344 s.
- MONACO G., *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MORETTI B., *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in G. MANNOZZI, (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 85 ss.
- MOREY R., *Aspects juridiques de la médiation pénale*, in Y. MORHAIN (sous la direction de), *Médiation et lien social*, Revigny-sur-Ornain, Hommes et Perspectives, 1998, 79 ss.
- MORGENSTERN C., *"Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 91 ss.
- MORINEAU J., *L' esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998.
- MOSCONI G., *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 3 ss.
- MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal. Parte general*, 8° Ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE F., *Presentación del trabajo*, in P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 21 ss.
- NAPOLEONI V., *La "lunga marcia" verso la competenza penale del giudice di pace*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, 160 ss.
- NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 03, 500 ss.

- NEGRI D., *Art. 21. Ricorso immediato al giudice*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 195 ss.
- NICOSIA P., BRUNI A., DIOGUARDI D., MARINELLI P., *Temi di mediazione penale*, Pisa, Plus, Pisa Univ. Press, 2006.
- NISCO A., *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, 784 ss.
- NOTARO D., *Gli effetti civili del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, 543 ss.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.
- ORLANDI R., *I soggetti*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 73 ss.
- ORLANDI R., *L’assetto ordinamentale del giudice di pace e gli ambiti delle nuove competenze* (2001), in <http://www.carabinieri.it>.
- OROMÌ I VALL-LLOVERA S., *La definizione di vittima nel sistema spagnolo*, in T. ARMENTA DEU, L. LUPARIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano, Giuffrè, (2011), 4 s.
- OTTENHOF R., *Sulla tutela penale delle vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 708 ss.
- PADOVANI G., *Omissione di soccorso: aggravamento del regime sanzionatorio ed abolizione della competenza del giudice di pace*, in *Leg. pen.*, 2003, n. 2, 161 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, 10° Ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.
- PADOVANI T., *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, IX ss.

PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss.

PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, 4° Ed., Torino, Giappichelli, 2011.

PALIERO C.E., *“Minima non curat praetor.” Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985.

PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.

PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.

PANIZZO F., *Le condotte riparatorie nella prospettiva di una giustizia conciliativa*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 121 ss.

PANSINI C., *Indagini preliminari e citazione a giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 31 ss.

PAPA M., *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito nei reati di competenza del giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 15 ss.

PAPA M., *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 95 ss.

PAPA M., *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 19 ss.

PAPA M., *Nuovi problemi in tema di oblazione: la concessione discrezionale del “beneficio”*, in AA.VV., *Le modifiche al sistema nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, Jovene, 1984, 247 ss.

PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria* (2012), in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

PATANÈ V., *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 353 ss.

PATERNITI F., *Appunti sulla non punibilità*, in *Indice pen.*, 2005, 147 ss.

PAVARINI M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 7 ss.

PAVARINI M., *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. CURI, G.

PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, 255 ss.

PAVARINI M., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 525 ss.

PAVLICH G.C., *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, London, Glasshouse Pr., 2005.

PAVONE M., *Le nuove competenze del Giudice di Pace*, Matelica, Halley, 2005.

PEACHEY D. E., *The Kitchener Experiment*, in M. WRIGHT, B. GALAWAY (ed. by), *Mediation and Criminal Justice*, London, Newbury Park, New Delhi, Sage, 1989, 14 ss.

PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 140 ss.

PÈREZ SANZBERRO G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Ed. Comares, 1999.

PERNIER J.B., *Alternative aux poursuites: l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2349 ss.

PFORDTE T., §153b StPO, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2011, 2457 s.

PICARDI N., *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 656 ss.

PICOTTI L., *Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002, 137 ss.

PICOTTI L., *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 197 ss.

PICOTTI L., *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in ID. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 283 ss.

PIERGALLINI C., “Civile” e “Penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1299 ss.

PIN X., *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2003, 259 ss.

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc. (Speciale Immigrazione)*, 2009, 5 ss.

PISANI M., *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, in *Indice pen.*, 1974, 5 ss.

PISANI M., *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 465 ss.

PISAPIA G.V., *La scommessa della mediazione*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 3 ss.

PITTARO P., *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2000, 1047 ss.

PIZIALI G., *Scelte legislative sull'attribuzione della competenza*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 107 ss.

PONGILUPPI C., *Gli spazi di discrezionalità nel giudizio di accertamento della particolare tenuità del fatto*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 235 ss.

PONGILUPPI C., *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 3 ss.

PONGILUPPI C., *La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2003, 53 ss.

PONTI G., *Riparazione dei torti e giustizia conciliativa*, in ID. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 3 ss.

PRADEL J., *Droit pénal général*, 18° Ed., Paris, Édit. Cujas, 2010.

PRADEL J., *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 949

SS.

PRADEL J., *Procédure pénale*, 16° Ed., Paris, Édit. Cujas, 2011.

PRADEL J., *Vers un “aggiornamento” des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, in *JCP-La Semaine Juridique EG*, 2004, 821 ss.

PRESUTTI A., *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 177 ss.

PROFITI P., *I compiti della procura e della polizia giudiziaria nel processo penale dinanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 237 ss.

PROTO PISANI A., *Il giudice di pace tra mito e realtà*, in *Foro it.*, 1989, V, 1 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, 4° Ed., Torino, Giappichelli, 2011.

PULITANÒ D., *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, 215 ss.

QUAGLIERINI C., *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, 233 ss.

QUAGLIONI D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004.

QUATTROCOLO S., *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 295 ss.

QUATTROCOLO S., *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2002, 331 ss.

QUATTROCOLO S., *L. 24/11/1999 n. 468 – Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell’art. 593 del codice di procedura penale – Analisi*, in *Leg. pen.*, 2000, 1, 3 ss.

QUATTROCOLO S., *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 147 ss.

QUINTERO OLIVARES G., *La cosiddetta privatizzazione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2001, 124 ss.

QUINTERO OLIVARES G., *Parte general del derecho penal*. 4° Ed., Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

REGGIO F., *Giustizia dialogica*, Milano, Angeli, 2010.

REGGIO F., *Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, Cedam, 2010, 105 ss.

RÍOS MARTÍN J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ E., BIBIANO GUILLÉN A., SEGOVIA BERNABÉ J.L., *La mediación penal y penitenciaria*, 2° Ed., Madrid, Editorial COLEX, 2008.

RIPONTI D., *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 53 ss.

RISICATO L., *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, 87 ss.

RIVIEZZO C., *Il giudizio*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, 133 ss.

ROCHE D., *Dimensions of Restorative Justice*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 62, No. 2, 2006, 217 ss.

ROCHE D., *Accountability in Restorative Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

ROIATI A., *Diritto penale minimo e mediazione penale*, in *Riv. Pen.*, 2003, 1047 ss.

ROMANELLI S., *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 237 ss.

ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, 3° Ed., Milano, Giuffrè, vol. 1, 2004.

ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, 4° Ed. rinn., Milano, Giuffrè, vol. 2, 2012.

ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, vol. 3, 2012.

ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.

ROSSI G., *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in C. BRUTTI, R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione e riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, 9 ss.

RÖSSNER D., KEMPFER J., §46a StGB, in D. DÖLLING, G. DUTTGE, D. RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2° Auf., Baden-Baden, Nomos Verl., 2011, 472 ss.

RÖSSNER D., *Mediation in Strafrecht*, in H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAELICKE, B. SONNEN (Hrsg.), *Handbuch der Resozialisierung*, 2° Aufl., Baden-Baden, Nomos Verl., 2003, 203 ss.

ROULAND N., *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992.

ROXIN C., *Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán*, in ID., *La prohibición de autoincriminación y de la escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi ed., 2008, 33 ss.

ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss.

ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Indice pen.*, 1989, 5 ss.

ROXIN C., *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht*, in A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium (1989, Freiburg, Breisgau): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., Eigenverlag Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1990, 367 ss.

ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, n.1, 3 ss., traduzione ad opera di L. EUSEBI dell'articolo *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in H. SCHÖCH (Hrsg.), *Wiedergutmachung im Strafrecht*, München, Fink Verlag, 1987, 37 ss.

RUGGIERI F., *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 4329 ss.

RUGGIERI F., *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 538 ss.

RUGGIERI F., *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in N. GALANTINI, F. RUGGIERI, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1998, 87 ss.

RUGGIERI F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, 191 ss.

SBRICCOLI M., "Vidi communiter observari". *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII (1998)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 98 ss.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale (2002)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 3 ss.

SBRICCOLI M., *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400 (1997)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, 47 ss.

SCALFATI A., *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2000, 227 ss.

SCALFATI A., *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace: profili di diritto processuale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 135 ss.

SCALFATI A., *L'applicazione della pena dinanzi al giudice di pace nella prospettiva processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 401 s.

SCALFATI A., *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, 1185 ss.

SCALFATI A., *Premessa*, in ID. (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, XIII ss.

SCHULTE J. M., *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2006.

SEELMANN K., *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1989, 670 ss.

SELVAGGI E., *Il giudice di pace tra occasioni perdute...e da non perdere*, in *Cass. pen.*, 1991, 1007 ss.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Critica dir.*, 2001, 206 ss.

SGUBBI F., *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale*

“conciliativa”. *Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 159 ss.

SILVA SANCHEZ J.M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, in *Archivio pen.*, 1988, 663 ss., traduzione ad opera di A. MELCHIONDA del contributo *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la "Victimodogmática"*, in AA.VV. *Libro-Homenaje al Profesor A. Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, San Sebastián, Edit. Instituto Vasco de Criminología, 1989, 633 ss.

SOMMAGGIO P., *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa* in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 293 ss.

SOTIS C., *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in MANNOZZI G., (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 47 ss.

SPANGHER G., *Approvata la legge delega per la competenza ed il procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2000, 401 ss.

SPANGHER G., *Sub artt. 36 e 37*, in C. CONSOLO, F. TOMMASEO (a cura di), *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, Cedam, 1996, 277 ss.

SPANGHER G., *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 469 ss.

SPENCER D., BROGAN M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006.

SQUARCIA E., *Giudice di pace e ricorso immediato dell'offeso: un'eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 614 ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2° Ed., Milano, Giuffrè, 2002.

STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig.disc.pen.*, Torino, Utet, 1990, vol. IV, 342 ss.

STORTONI L., *Introduzione sugli aspetti di diritto penale sostanziale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove,, pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003, 15 ss.

TAMARIT SUMALLA J.M., *La reparación a la víctima en el derecho penal*, Barcelona, Funcació Jaume Callís, 1994.

TARFUSSER C., *Scelte di politica giudiziaria nella formulazione delle imputazioni da parte della pubblica accusa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e*

limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale, Giuffrè, Milano, 2005, 35 ss.

TARUFFO M., *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in AA.VV., *Mediazione ed ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, 2004, 97 ss.

TAURI J., MORRIS A., *Re-forming Justice: the Potential of Maori Processes*, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1997, vol. 30, n. 2, 149 ss.

TONINI P., *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 929 ss.

TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia Un. Press, 2008.

TRAMONTANO G., *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, 2010, n. 2, 49 ss.

TULKENS F., *Una giustizia negoziata?* in M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, 619 ss.

TURCHETTI S., *Competenza penale del giudice di pace*, art. 35, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 3° Ed., 2011, vol. III, 7889 ss.

UMBREIT M.S., COATES R.B., VOS B., *The Practice of Victim Offender Mediation: a Look at the Evidence*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 691 ss.

UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001.

UMBREIT M.S., WARNER ROBERTS A., *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, in G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, 63 ss.

V. HENTIG H., *The Criminal & His Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948.

VALENTINI V., *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1111 ss.

VAN NESS D. W., HEETDERKS STRONG K., *Restoring Justice*, 2° Ed., Cincinnati (Ohio), Anderson Publishing Co., 2002.

VAN NESS, D. W., *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System*. (Paper Presented at the Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles, October 2000, Tübingen, Germany), in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/vanness9/view>.

VAN SCHIJNDEL R.A.M., *Confidentiality and Victim-Offender Mediation*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2009.

VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2006.

VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. VI, 609 ss.

VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflative. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, 9 ss.

VENTURA N., *La declaratoria di improcedibilità "per particolare tenuità del fatto"*, in E. MATTEVI, C. PONGILUPPI, N. VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Ipsoa, 2009, 101 ss.

VENTUROLI M., *La tutela della vittima nelle fonti europee (2012)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>

VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006.

VEZZADINI S., *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. FODDAI, (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, 85 ss.

VIANELLO F., *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, 129 ss.

VIANELLO F., *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, 5 ss.

VICOLI D., *L'accertamento della non punibilità: esigenze di deflazione e modelli cognitivi*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2011, 53 ss.

VICOLI D., *Precedenti e fonti normative*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, 3 ss.

VINCIGUERRA S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2° Ed., Padova, Cedam, 2003.

VOGLER R., *Criminal Procedure in France*, in R. VOGLER, B. HUBER (ed. by), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 171 ss.

VOZZA D., *Tutela della vittima nel procedimento penale: il discrimen tra garanzie sostanziali e procedurali quale limite all'intervento della Corte di Giustizia?* (2011), in <http://www.penalecontemporaneo.it/>

WALGRAVE L., *La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme*, in *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, 7 ss.

WALGRAVE L., *Restorative Justice and the Law. Socio-ethical and Juridical Foundations for a Systemic Approach*, in ID. (ed. by), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton, Willan, 2002, 191 ss.

WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008.

WALGRAVE L., *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S. G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Boca Raton, London, New York, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2008, 613 ss.

WALLIS P., TUDOR B., *The Pocket Guide to Restorative Justice*, London and Philadelphia, Jessica Kingsley Publishers, 2008.

WALTHER S., *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and what Remains to be Done*, in *International Review of Victimology*, 2000, vol. 7, 265 ss.

WEISSER M. R., *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1989.

WEMMERS J.A., CYR K., *Les besoins des victimes dans un processus de médiation*, Montréal, Université de Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, 2004.

WERTHAM F., *The Show of Violence*, New York, Greenwood Press, Publishers, 1949.

WILLIAMS-HAYES M. M., *The Effectiveness of Victim-Offender Mediation and Family Group Conferencing*, Ann Arbor, Mich., Univ. Microfilms Intern., 2002.

WOOLFORD A., *The Politics of Restorative Justice. A Critical Introduction*, Halifax & Winnipeg, Fernwood Publishing, 2009.

WRIGHT M., *Justice for Victims and Offenders*, Ballmoor, Buckingham, Open University Press, 1991.

WRIGHT M., *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-quanto-eriparatrice-la-giustizia-riparatrice/view>

WYVEKENS A., *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della "terza via"*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, n. 3, 17 ss.

ZAGREBELSKY V., *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria* (presiede A. Abbate), in *Giustizia e Costituzione*, n. 1-2, 1996, 25 ss.

ZAGREBELSKY V., *Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 31, 4 ss.

ZANOBIO B., *La vittima nella storia*, in G. PONTI, (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, 11 ss.

ZANUSO F., *Il malessere utilitaristico e l' "antidoto" kantiano*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004, 141 ss.

ZANUSO F., *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "limiting retributivism"*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, 121 ss.

ZEHR H. e MIKA H., *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in C. HOYLE (ed. by), *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, London & New York, Routledge, 2010, 57 ss.

ZEHR H., *Changing Lenses*, Scottsdale (Pennsylvania), Waterloo (Ontario), Herald Press, 1990.

ZEHR H., TOEWS B., *Closing Reflections*, in ID. (ed. by), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, NY, Criminal Justice Press, 2004, 401 ss.

ZERNOVA M. e WRIGHT M., *Alternative Visions of Restorative Justice*, in G. JOHNSTONE e D. W. VAN NESS (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2007, 91 ss.

ZERNOVA M., *Restorative justice*, Aldershot, Ashgate, 2007.

ZICCONE G., *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Milano, Giuffè, 1975.