

Riccardo Battistoni (*Università del Piemonte Orientale*)^{*}

LA PERSONA OFFESA TRA ESIGENZE DEFLATTIVE E BISOGNO DI TUTELA

1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. Funzione puramente deflattiva dell'applicazione di pena su richiesta di parte *ex art. 444, c.p.p.* – 4. Le circostanze attenuanti nel patteggiamento: un ponte verso la persona offesa. – 5. Le condotte riparatorie. – 6. Spunti: mediazione anziché audizione di “parti e persona offesa”. – 7. La riparazione del danno. – 8. La questione della procedibilità. – 9. Il ruolo del giudice e i canoni di cui tenere conto: la riprovazione e la prevenzione. – 10. Se la vittima non aderisce? – 11. Mediazione e deflazione: una convivenza possibile.

1. Premessa

Recentemente Francesco Palazzo (2019) si è soffermato sugli istituti della sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art 168 bis, c.p.*, della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis, c.p.*, e infine delle condotte riparatorie, *ex art. 162 ter, c.p..* L'analisi porta a evidenziare in quale modo e misura, le categorie della deflazione e della (non) punibilità interagiscono negli istituti in esame: se nei primi due casi egli giunge a ravvisare un bilanciamento tutto sommato ragionevole, alla stessa conclusione non addiene in merito alle condotte riparatorie, nelle quali lo scopo deflattivo sembra prevalere in modo non condivisibile. L'irragionevolezza si ravvisa nella pretesa di configurare l'*art. 162 ter, c.p.* quale istituto di *Restorative Justice*, natura che viene tuttavia smentita dall'ampia possibilità di applicazione dell'istituto, dalla conseguente monetizzazione dell'illecito penale e dalla tenue voce in capitolo che ha la persona offesa. Questi spetti sacrificano la tutela della persona offesa e favoriscono esclusivamente le ragioni della deflazione.

Vi è allora, in primo luogo, da considerare il ruolo che la persona offesa dal reato ha assunto nel sistema penale e processuale penale. Non è banale, infatti, che una simile attenzione sulla tutela della vittima si stia affermando, nel corso degli ultimi anni. Detta forma di tutela si fonda, oggi, sulla teoria della giustizia riparativa e, conseguentemente, sulla mediazione. Istituti che hanno acceso un vivace dibattito in ordine alla compatibilità della *Restorative Justice* col sistema penale (M. Donini, 2020; G. Fiandaca, 2020), in quanto il sistema penale non nasce come luogo deputato alla protezione e alla tutela

^{*} Dottorando presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale.

della vittima, bensì all'accertamento di un fatto di reato, che come tale assume un rilievo fortemente pubblicistico (L. Magliaro, 2019).

È solo di recente tornata in auge l'idea che, nel processo, la vittima debba trovare tutele imprescindibili. In particolare si è mossa in questa direzione la direttiva 2012/29/UE, attuata con il D.Lgs. 212/2015, frutto di un percorso normativo in forza del quale sono state introdotte misure volte a garantire l'informazione e la partecipazione della persona offesa, nonché norme finalizzate ad evitare forme di vittimizzazione secondaria (L. Magliaro, 2019). Eppure una simile, virtuosa intenzione rischia di venire frustrata dall'introduzione di istituti, quali le condotte riparatorie dell'art. 162 *ter*, c.p., che, per come formulati, tornano a marginalizzare il ruolo della vittima, rendendola destinataria di riparazioni sulle quali nulla potrà asserire.

Si impone allora un interrogativo fondamentale: se la persona offesa non può far affidamento su un istituto che dovrebbe essere espressione di *Restorative Justice*, quale tutela le è riservata dall'ordinamento? (S. Lorusso, 2013; A. Diamante, 2016; M. Cagossi, 2016). La domanda assume maggior rilievo se si riflette sulla varietà di istituti dallo scopo deflattivo (e in qualche modo vantaggiosi per l'indagato e l'imputato) già presenti nel sistema penale e processuale penale: oltre a quelli richiamati da Palazzo, si pensi all'applicazione della pena su richiesta di parte (art. 444, c.p.p.). Il rito speciale in questione è, infatti, sovente legato a doppio filo con l'attenuante comune del danno risarcito (art. 62, n. 6, c.p.) e con la sospensione condizionale della pena (art. 163, c.p.). Istituti che non solo portano ad un risarcimento della persona offesa senza che questa possa interloquire sulla sua quantificazione, ma che talvolta lasciano un senso di "ingiustizia" a procedimento concluso.

Non si vuole qui sostenere un'assoluta incompatibilità tra le ragioni della persona offesa e quelle della deflazione. Come si vedrà in seguito, è possibile ritenere che la mediazione, strumento fondamentale della giustizia riparativa, attraverso la figura del mediatore possa portare ad ottenere un duplice risultato: da una parte una migliore soddisfazione della persona offesa, dall'altra una più agile trattazione di taluni procedimenti penali. Questo obiettivo non pare tuttavia perseguitibile fintanto che l'art. 162 *ter*, c.p. continuerà ad assumere gli odierni connotati.

Dunque sia nel caso delle condotte riparatorie, come oggi formulate, che nei procedimenti di applicazione della pena su richiesta di parte così come ricostruiti, la persona offesa si trova ad avere scarsa voce in capitolo: il danno da risarcire è infatti definito nel *quantum* e nel *quomodo* dal reo, dal pubblico ministero e dal giudice. Inoltre l'indagato o l'imputato finiscono per non vedere risposta sanzionatoria alcuna, se non di scarsa rilevanza. Quando, tuttavia, è condivisibile un simile approccio e quando, invece, sacrifica eccessivamente gli interessi della vittima? A questa deve essere corrisposto

un risarcimento solo monetario? Oppure esistono forme di risarcimento alternative o complementari?

Si procederà, dunque, all'analisi degli interrogativi evidenziati tenendo conto di una specifica vicenda giudiziaria che è stata oggetto di studio e di approfondita analisi nel Clinica legale della disabilità e vulnerabilità del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino in cui l'autore ha svolto il ruolo di tutor.

2. La vicenda

La persona offesa è un ragazzo di diciannove anni, interessato da un'importante forma di autismo, con necessità di essere accompagnato nel tragitto di andata e di ritorno da scuola. A questo fine i genitori avevano assunto un amico in difficoltà economiche perché svolgesse dette mansioni e potesse rimanere, occasionalmente, col ragazzo anche in orario extrascolastico. Emerse che questi, nell'esercizio dei compiti attribuitigli, avesse compiuto una serie di atti sessuali col ragazzo, integrando il delitto di violenza sessuale per induzione con abuso di persona con inferiorità psichica (art. 609 *bis*, co. 2°, n. 1, c.p.). L'accaduto è stato scoperto dal padre della vittima che, insospettito dai mutamenti di comportamento del ragazzo e da alcune sue dichiarazioni, aveva chiesto spiegazione al reo, filmando di nascosto la loro conversazione. Ottenuta dunque una sorta di "confessione", il padre sporge denuncia.

La vicenda si è temporaneamente conclusa davanti al GI. col rito dell'applicazione della pena su richiesta di parte *ex art. 444, c.p.p.* e la pena è stata definita in un anno e dieci mesi di detenzione, ai sensi degli art. 609 *bis* e 81, co. 2, c.p. con sospensione condizionale della pena *ex art. 163, c.p..* I fatti si erano svolti prima della legge 69/2019 (c.d. "Codice rosso") e la pena prevista era tra i cinque e i dieci anni di detenzione. Di conseguenza, tenuto conto del minimo di cinque anni, si applicavano le circostanze attenuanti generiche *ex art 62 bis, c.p.,* nonché la circostanza attenuante comune, per aver risarcito il danno, *ex art. 62, n. 6, c.p.* L'ammontare veniva aumentato per il vincolo della continuazione interna e la pena veniva poi ridotta fino a un terzo per il beneficio del rito. Ottenuto un *quantum* inferiore ai ventiquattro mesi, è stata concessa la sospensione condizionale della pena, cui il reo aveva subordinato il consenso all'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Il risarcimento del danno che ha permesso l'applicazione dell'art. 62, n. 6, c.p., in particolare, era consistito in due assegni dal valore di duemilacinquecento euro l'uno. Cifra che in ogni caso non copriva nemmeno l'ammontare complessivo delle somme versate dalla famiglia al reo, nel periodo in cui avrebbe dovuto svolgere le proprie mansioni di cura verso la persona offesa.

Proprio in ragione dell'irrisorietà del risarcimento, il Procuratore generale presso il competente distretto di Corte d'Appello aveva sentito il padre del ragazzo per evidenziare il discutibile esito della vicenda giudiziaria e per comunicargli l'intenzione di presentare ricorso in Cassazione. Ricorso che aveva constatato l'erronea applicazione della legge penale per aver riconosciuto la circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p., ottenendo l'annullamento senza rinvio della sentenza in esame.

La vicenda si spostò allora davanti al GUP a seguito del rinvio a giudizio formulato dal pubblico ministero e, in occasione dell'udienza preliminare, il reo cercò nuovamente di risarcire il danno offrendo il trasferimento della proprietà di un immobile. A fronte di tale proposta, il curatore speciale della vittima si riservò di sottoporre l'offerta al giudice tutelare competente. Questi ritenne detta forma di risarcimento incongrua in quanto l'immobile era difficilmente vendibile, ed anzi fonte di spese. L'imputato decise di offrire, allora, altri settemila euro in aggiunta ai cinquemila precedenti, cifra che venne ritenuta congrua dal curatore speciale della persona offesa: questi, frattanto, aveva prospettato in una relazione psichiatrico-forense un possibile danno biologico psichico permanente nella misura del 12%, in capo alla vittima. Riconosciuto il danno come risarcito e dopo aver vagliato una nuova istanza, il GUP pronunciò una seconda sentenza di patteggiamento: un anno e dieci mesi di detenzione, con sospensione condizionale della pena.

3. Funzione puramente deflattiva dell'applicazione di pena su richiesta di parte *ex art. 444, c.p.p.*

La vicenda così brevemente ricostruita solleva alcune perplessità qualora ci si ponga dal punto di vista della persona offesa. Com'è noto l'applicazione della pena su richiesta di parte è istituto con una chiara vocazione deflattiva (F. Callari, 2012; A. Scalfati, 2019; J. Della Torre, 2019, 168-205). Alla luce di un quadro probatorio (seppure magari incompleto) particolarmente sfavorevole, l'indagato, con istanza, definirà col PM la qualificazione giuridica del fatto con l'ammontare della pena e in ragione di una simile collaborazione si vedrà diminuire la sanzione fino a un terzo, con la rilevante opportunità di subordinare il consenso alla concessione della sospensione condizionale della pena. Per rendere maggiormente appetibile l'istituto sono poi previste ulteriori disposizioni, quali l'impossibilità di costituzione della parte civile. La persona offesa potrà, in ogni caso, chiedere il risarcimento dei danni derivanti dal reato subito davanti al giudice civile, invocando la responsabilità per fatto illecito *ex art. 2043, c.c.*

A questo punto un primo elemento emerge: la voce della persona offesa è destinata ad essere posta in secondo piano. Se infatti avesse un qualche rilie-

vo, verrebbe scalfita la *ratio deflattiva* che ispira l’istituto del c.d. patteggiamento: l’indagato si vedrebbe minacciato da ulteriori conseguenze rispetto a quelle derivanti dall’accettazione della pena concordata e allora si rischierebbe una ancora più modesta (rispetto a quanto già avviene) applicazione dell’istituto di cui art. 444, c.p.p. In piena coerenza con il principio “ponti d’oro al nemico che fugge”, l’ordinamento decide allora di tralasciare, in sede penale, le ragioni della persona offesa, per concentrarsi sulla risposta sanzionatoria da rivolgere al reo, seppur in forma ridotta. Pur esistendo taluni strumenti procedurali, quali la memoria *ex art 90*, c.p.p., che permettono di portare all’attenzione del giudice il punto di vista della persona offesa, non si tratta di strumenti vincolanti per il magistrato. La persona offesa, inoltre, non è destinataria di alcuna notifica in merito all’avvenuta presentazione dell’istanza di patteggiamento ovvero di fissazione dell’udienza per la pronuncia della sentenza.

Se l’esigenza di deflazione giustifica una tenue voce in capitolo in capo alla persona offesa, è pur vero che il trattamento di favore per il reo debba comunque tener conto di taluni interessi della vittima. È evidente, infatti, che l’istituto non deve potersi applicare al ricorrere di crimini particolarmente gravi, in occasione dei quali si procede più spesso col rito ordinario. Tuttavia, il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere che per taluni di questi reati sia comunque possibile applicare il rito in esame, purchè la pena sia comminata in concreto sia inferiore a due anni (art. 444, co. 1° *bis*, c.p.p.): la violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis*, c.p. rientra in questo caso. Ciò a riconferma della pura funzione deflattiva del rito in esame.

Beninteso, in questa sede non si vuole negare la necessità di introdurre istituti quali l’applicazione della pena su richiesta di parte. Un sistema processuale penale come quello italiano, gravato da un carico giudiziario che col tempo diviene sempre più difficile da soddisfare, necessita di questi strumenti. Certo, un ordinamento più razionale, ordinato e con una modesta richiesta di giustizia penale farebbe uso del solo procedimento ordinario, ma il legislatore deve fare i conti con la realtà e prevedere istituti che siano in grado di fronteggiarla. Eppure la vicenda esposta lascia qualche perplessità: alla persona offesa sono stati corrisposti dodicimila euro in totale e il reo, risarcito così il danno, è rimasto libero di incontrare la vittima per le strade della cittadina di comune residenza. Certo, seppur con la spada di Damocle della sospensione condizionale della pena, che dovrebbe dissuadere dal compiere ulteriori delitti.

Allora la riflessione deve vertere sul fatto che le attuali (urgenti) esigenze di deflazione portano talvolta a sentenze di patteggiamento che sacrificano in modo considerevole la tutela della persona offesa. Tuttavia accettare questa realtà dei fatti deve implicare una certa attenzione verso taluni istituti

di carattere sostanziale. Trattasi di norme che non possono venir trascurate nemmeno in sede di applicazione della pena su richiesta di parte: si pensi in particolare alla circostanza attenuante del danno risarcito *ex art. 62, n. 6, c.p.*, ma anche a istituti (potenzialmente) espressivi di *R.J.*, quali le condotte riparatorie *ex art. 162 ter, c.p.* (S. Zirulia, 2017), che non devono tramutarsi in un nuovo, semplice strumento di deflazione del sistema processuale penale.

Peraltro, quanto verrà di seguito asserito in tema di circostanze attenuanti e di condotte riparatorie non si pone necessariamente in contrasto con le ragioni della deflazione. Soprattutto nell'ambito dell'*art. 162 ter, c.p.*, si observerà come alcune modifiche apportate allo stesso potrebbero giovare alla persona offesa, al reo, ma anche alla fluidità del sistema processuale.

4. Le circostanze attenuanti nel patteggiamento: un ponte verso la persona offesa

Come si è esposto in precedenza, l'applicazione di pena su richiesta di parte presuppone un calcolo della risposta sanzionatoria concretamente inflitta al di sotto dei cinque anni (due se si tratti dei delitti *ex art. 444, co. 1° bis, c.p.p.*) e il reo può subordinare il proprio consenso alla concessione della sospensione condizionale della pena. È chiaro allora che le circostanze attenuanti svolgono un ruolo fondamentale: insieme alla diminuzione di pena fino a un terzo prevista dall'*art. 444, c.p.p.*, possono portare ad una risposta sanzionatoria complessiva inferiore ai due anni, esito necessario perché la pena venga sospesa ai sensi dell'*art. 163, c.p.*

La circostanza attenuante comune *ex art. 62, n. 6, c.p.* è quella che tra tutte mira a tutelare maggiormente la persona offesa e ciò indipendentemente dal rito scelto, sia che si tratti di rito ordinario, sia che ricorra l'applicazione della pena su richiesta di parte. Significa che, ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante, anche in sede di patteggiamento sarà necessario verificare, con attenzione, che le condizioni richieste dalla norma siano state adempiute. Commesso il reato, la disposizione mira a premiare due condotte poste in essere dal reo prima del giudizio: l'aver risarcito il danno, avendo dato luogo, ove possibile, alle restituzioni ovvero l'essersi adoperato spontaneamente ed efficacemente per eliminare o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato¹.

¹ Le due condotte (*cfr.* Cassazione penale, Sez. III, 19 settembre 2019, n. 40070) sono tradizionalmente denominate “della riparazione totale del danno” e “del ravvedimento operoso” e rispettivamente risarciscono il “danno civile” e il c.d. “danno criminale”. Possono essere alternative, come anche cumulate (con un unico effetto riduttivo), ma l'adempimento parziale di una non può mai essere completato dall'adempimento parziale dell'altra.

Il primo elemento rilevante e necessario per il riconoscimento dell’attenuante è quello relativo al termine massimo entro il quale risarcire il danno e restituire quanto sottratto ovvero attenuare o eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato: “prima del giudizio”. Ciò è significativo alla luce di quanto disposto dall’art. 185, c.p., che obbliga chiunque abbia commesso un reato alle restituzioni e a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati. Dunque, accertata la responsabilità penale, il condannato sarà tenuto a restituire e risarcire, ma l’art. 62, n. 6, c.p. premia chi abbia provveduto già prima del giudizio: ciò in ragione del fatto che la persona offesa avrà potuto giovarsi dei ristori effettuati senza dover attendere l’esito del procedimento penale. Inoltre l’adempimento nel termine è indice di spontaneità del risarcimento, non essendo influenzato da un andamento più o meno vantaggioso del procedimento. Questo è dunque il primo vaglio che deve essere operato dal giudice ai fini del riconoscimento dell’attenuante in esame: che il ristoro si sia verificato nei termini stabiliti.

Ancor più rilevante del rispetto dei termini è tuttavia che l’attenzione dei magistrati si concentri sulle singole voci richiamate dalla norma, onde assicurarsi che siano state rispettate. Quanto, in particolare, al risarcimento integrale del danno e alle restituzioni sarà inoltre necessario che detti due adempimenti vengano tenuti distinti, evitando che l’uno assorba indebitamente l’altro. È quanto si è verificato nella vicenda narrata in occasione della prima applicazione della pena su richiesta di parte: il reo aveva corrisposto alla persona offesa, prima del giudizio, un totale di euro cinquemila. Il PM e il giudice per le indagini preliminari avevano ritenuto che la somma potesse soddisfare sia la restituzione, che il risarcimento, quando l’ammontare non copriva neppure quanto corrisposto dalla famiglia della persona offesa al reo a fronte delle prestazioni di assistenza svolte.

Nel caso di specie, dunque, le somme corrisposte si sarebbero, al massimo, potute qualificare come restituzioni. Quanto alla definizione del risarcimento del danno è nuovamente opportuno richiamare l’art. 185, c.p.: la disposizione, come si è visto, richiede che, accertata la responsabilità penale, il reo (o il responsabile civile) sia obbligato alle restituzioni e, se ha cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, al relativo risarcimento. L’art. 62, n. 6, c.p., invece, richiede le restituzioni e che il danno sia riparato “interamente”. Nonostante la formula più stringata rispetto a quella dell’art. 185, c.p. deve ritenersi che il danno interamente riparato si componga di danno patrimoniale ed extrapatrimoniale (G. Casella, 2014)².

² Paragonando l’art. 62, n. 4, c.p. con l’art. 62, n. 6, c.p., l’autrice evidenzia che laddove, nel primo caso, si possa far riferimento al solo danno patrimoniale, nel caso dell’attenuante per danno risarcito non vi siano elementi per non concludere nel senso dell’integralità della riparazione.

Se il danno patrimoniale, in linea di massima, può calcolarsi piuttosto agevolmente, più articolata è la definizione del danno extrapatrimoniale. La giurisprudenza di merito³ segue gli orientamenti ormai risalenti e consolidati della giurisprudenza di legittimità⁴, secondo i quali il danno extrapatrimoniale deve essere considerato come unica voce risarcitoria sotto il profilo dogmatico (P. G. Monateri, 2009; P. Ziviz, 2018)⁵, distinta solo da danno patrimoniale. L'unitarietà della voce, tuttavia, non toglie che questa esprima, al suo interno, declinazioni diverse. Vi si potrà allora rivenire il danno biologico, il danno morale, il danno esistenziale.

Le singole espressioni del danno extrapatrimoniale normalmente devono essere provate dalla persona offesa⁶, sia che si proceda col rito ordinario, con la costituzione di parte civile, sia che il danno venga preteso in separata sede davanti al giudice civile. È tuttavia chiaro che in caso di applicazione della pena su richiesta di parte detta regola dovrà conoscere le opportune variazioni in funzione dell'art. 444, c.p.p.. Dal momento che alla persona offesa nulla rimane se non la memoria *ex art. 90, c.p.p.* per indicare al giudice quale tipo di danno extrapatrimoniale ritenga di aver subito, sarà compito del PM accertarlo e del giudice vagliarne la congruità, come se l'onere della prova venisse spostato dalla vittima al magistrato⁷. Ciò effettuato sarà necessario che il risarcimento e le restituzioni avanzate ai fini del riconoscimento dell'attenuante *ex art 62, n. 6, c.p.* da parte del reo soddisfino quanto accertato dal PM.

In questa sede, è bene sottolinearlo, non può ritenersi sufficiente corrispondere alla persona offesa una parte del risarcimento dovuto ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante in esame quasi come fosse un "acconto" da integrarsi in un successivo processo civile. Ciò perchè, lo si

³ Tribunale Reggio Calabria, Sez. II, 2 settembre 2019, n. 1182.

⁴ Cassazione civile, S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26973.

⁵ Pier Giuseppe Monateri (2009, 59) è assai critico verso la Cassazione civile, S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, poiché “*la sua principale preoccupazione non è più il nominare come tali i pregiudizi esistenziali che sono, quindi, infine, compiutamente nominati, e dei quali si dice espresamente che possono venire chiamati come tali, ma è dominata dall'istanza di non farne una categoria giuridica ma semplicemente descrittiva*”.

⁶ Nella sentenza del Tribunale Reggio Calabria, Sez. II, 2 settembre 2019, n. 1182, già prima richiamata, il giudice civile ha evidenziato che la parte attrice (vittima di violenza sessuale, accertata con sentenza Corte d'Appello di Reggio Calabria, n. 11335/2012 in precedente procedimento penale) non aveva provato le singole voci di danno extrapatrimoniale lamentate, essendosi limitata ad enunciarle.

⁷ Ciò deriva sempre dal fatto che la persona offesa non può costituirsse parte civile nell'ambito del c.d. patteggiamento. Se tuttavia si vuole riconoscere al reo la circostanza attenuante del danno risarcito, posto che la persona offesa non ricopre ruolo processuale alcuno, il risarcimento effettuato dovrà coprire le singole voci di danno ricorrenti nel caso concreto e la relativa prova, a questo punto, non potrà che essere prodotta dal Pubblico Ministero e vagliata dal giudice.

è detto, l'art. 62, n. 6, c.p. anticipa a prima del giudizio quanto dovuto ai sensi dell'art. 185, c.p. (Redazione Giurisprudenza penale, 2014). Detta impostazione è condivisa dalla giurisprudenza⁸ che non manca di evidenziare la necessaria natura integrale del risarcimento del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale.

Quanto asserito finora lascia in ogni caso aperta la questione del *quantum*. Se il danno patrimoniale può essere, spesso, provato in modo tutto sommato agevole, ai fini del risarcimento del danno extrapatrimoniale l'unica strada possibile, in assenza di prove, sembra essere quella del giudizio in via equitativa⁹. Il ruolo del PM prima e del giudice dopo divengono allora di chiara importanza: dovranno individuare i diversi tipi di danno patrimoniale del caso concreto (danno biologico, morale, esistenziale) e attribuire a ciascuno un ammontare ritenuto equo (con i relativi oneri motivazionali).

Alla luce di questa ricostruzione è bene ribadire che anche in sede di applicazione della pena su richiesta di parte è doveroso tenere a mente le ragioni della persona offesa. Un'offerta di risarcimento poco più che simbolica, non vagliata dai magistrati, seppur effettuata prima del giudizio, non può mai essere considerata idonea al riconoscimento della circostanza attenuante *ex art. 62, n. 6, c.p.*. A questo fine è necessario che i magistrati si siano sincerati dell'effettiva portata del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale sofferto dalla vittima, nonché del fatto che la somma offerta dal reo possa ritenersi congrua: solo allora la circostanza attenuante in esame potrà essere riconosciuta.

In ogni caso l'applicazione della circostanza attenuante *ex art. 62, n. 6, c.p.* sembra ormai essere destinata solo più ai reati procedibili d'ufficio o a querela non remissibile (G. P. Demuro, 2019). Non per via di una qualche incompatibilità coi delitti procedibili a querela remissibile, ma piuttosto per il fatto che l'*art. 162 ter, c.p.*, relativo alle condotte riparatorie, risulta applicabile solo a quest'ultima categoria di delitti. Dal momento che il nuovo istituto configura una causa di estinzione del reato, è chiaro che l'indagato per reati perseguitibili a querela remissibile preferirà giovarsi dell'estinzione del reato e non della sola attenuante, posto che le condizioni di applicazione dell'*art. 162 ter, c.p.* risultano simili a quelle dell'*art. 62, n. 6, c.p.*

⁸ Cassazione penale, Sez. III, 19 settembre 2019, n. 40070, in particola dove sottolinea che “*Secondo un risalente orientamento, in tema di attenuante della riparazione del danno, l'art. 62 c.p., n. 6 prevede due ipotesi (risarcimento e elisione o attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) aventi diverso oggetto, nel senso che le ‘conseguenze’ di cui alla seconda ipotesi debbano intendersi all’infuori e oltre il danno di cui alla prima. Pertanto, quando la riparazione del danno sia parziale, non si realizza nessuna delle due previsioni (Sez. 5, n. 9437 del 14/06/1984, Porcari, Rv. 166408)*”.

⁹ Cassazione penale, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 18483.

5. Le condotte riparatorie

In generale le condotte riparatorie sono espressione della c.d. *Restorative Justice* (G. Amarelli, 2017)¹⁰. Com’è noto, i fautori di questo tipo di giustizia (L. Eusebi, 2015)¹¹ la considerano come un modello del tutto alternativo rispetto agli ordinamenti strutturati intorno al concetto di pena, che infligge un male della stessa entità di quello cagionato (F. Parisi, 2014). L’intero ordinamento dovrebbe invece prevedere, come risposta all’illecito penale posto in essere, forme di riparazione del danno cagionato.

Bisogna tuttavia evidenziare che l’idea di un modello riparativo del tutto alternativo al sistema vigente ha senso se si muove da un’impostazione rigorosamente retributiva della pena, che non tenga dunque conto, in particolare, della funzione special preventiva positiva, tradizionalmente individuata nella risocializzazione del reo. Sviluppando, invece, una concezione di *Restorative Justice* che muova proprio dall’art. 27, co. 3, Cost., è possibile addivenire ad un’idea di giustizia riparativa non antitetica, ma complementare rispetto all’attuale sistema penale. D’altronde è la già citata direttiva 2012/29/UE che, invitati gli Stati membri ad abbandonare una visione esclusivamente reo centrica del processo penale, richiede, all’art. 12, un miglioramento dell’accesso ai servizi di giustizia riparativa. Ciò presupponendone l’esistenza in ordinamenti¹² tendenzialmente caratterizzati da sistemi penali e processuali poco attenti alla persona offesa. È la stessa Unione europea, dunque, che pare suggerire iniziative che portino ad introdurre e potenziare istituti di *Restorative Justice*, richiedendo, di conseguenza, ai singoli Stati di ragionare su come armonizzare al meglio il modello riparativo coi sistemi penali tradi-

¹⁰ L’autore mette in evidenza la funzione politico criminale della condotta riparatoria in esame. Oltre alla funzione puramente deflattiva dell’istituto (in chiaro contrasto con la funzione delle condotte riparatorie tipiche della giustizia riparativa) viene ravvisato l’apprezzabile tentativo del legislatore di orientarsi verso un diritto penale inteso come *extrema ratio*. Tentativo che viene, tuttavia, frustrato dall’eccessiva trascuratezza della persona offesa in applicazione dell’art. 162 ter, c.p.

¹¹ L’autore spiega che la *Restorative Justice* pone le sue basi nell’art. 3, Costituzione laddove prevede che “*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale*”. Poiché ogni individuo è “degno” in quanto tale, la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo di ciascuna persona. Muovendo da un’idea di reato intesa come “male” non solo per la persona offesa e per la comunità, ma anche per il reo, ecco allora che l’illecito penale diviene un ostacolo al pieno sviluppo del reo stesso. Il reato è un fatto che determina la lesione della dignità, così come intesa dalla Costituzione, di tutti e tre i soggetti richiamati e di conseguenza un sistema sanzionatorio che trascuri questo aspetto è lesivo del principio di uguaglianza sostanziale. La *Restorative Justice* mira allora a ripristinare la dignità della persona offesa, della comunità e del reo tenendo a mente che il male arrecato dal reato non può essere cancellato. Proprio per questo motivo, rispondere al male (reato) con altro male (pena) non può che portare ad una duplicazione del male stesso.

¹² Stati generali dell’esecuzione penale, Tavolo 13 – Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, Relazione integrale, aggiornata al 5 febbraio 2016, 17.

zionali. Sarebbe poco ragionevole, d'altra parte, richiedere agli Stati membri di individuare alternative secche tra sistema della pena e sistema della riparazione. È, infine, lo stesso Tavolo 13 degli Stati generali che ha espresso una forte preferenza per un modello di giustizia riparativa costruito come complementare rispetto al sistema penale¹³. Risoluzione, questa, già maturata nel 2016, data della Relazione prodotta dal Tavolo 13, e che traduce una profonda riflessione sul ruolo che la *Restorative Justice* assumerà nell'ordinamento. Alla luce di queste considerazioni, pare opportuno sviluppare le riflessioni che seguiranno, in tema di condotte riparatorie, tenendo presente appunto questo presupposto: cioè che la giustizia riparativa può essere pensata come modello complementare rispetto all'attuale sistema penale.

Ora, il legislatore ha introdotto due istituti, nell'arco di quasi vent'anni, che disciplinano le c.d. condotte riparatorie. Il primo è individuato nell'art. 35, D.Lgs. 274/2000, mentre il secondo è stato introdotto con la c.d. Riforma Orlando, legge 103/2017, che inserisce nel codice penale il nuovo art. 162 *ter*, c.p.. Detto istituto applica le condotte riparatorie anche ai procedimenti diversi da quelli davanti al giudice di pace *ex art. 35*, D.Lgs. 274/2000, seppur ricorrono rilevanti differenze tra le due norme. In linea di prima approssimazione l'art. 162 *ter*, c.p. andrebbe dunque accolto positivamente, dal momento che pare introdurre una seria norma espressiva di *Restorative Justice* anche nell'ambito del procedimento penale per soggetti maggiorenni.

La disposizione in esame si riferisce ai reati procedibili con querela soggetta a remissione (il cui elenco è stato incrementato a seguito del D.Lgs. 36/2018). In questi casi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il reo può adoperarsi per riparare interamente il danno cagionato. Le modalità di riparazione consistono nelle restituzioni ovvero nel risarcimento e solo laddove possibile nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. La norma specifica inoltre che il risarcimento può avvenire anche a mezzo di offerta reale ai sensi dell'art. 1208, c.c.

Ora, dopo che l'imputato abbia posto in essere taluni di questi adempimenti il giudice dovrà sentire le parti e la persona offesa: dopodiché dichiarerà estinto il reato. Dal punto di vista della prassi applicativa, ciò che frequentemente capita è allora che, commesso il reato, l'imputato effettui un calcolo dell'ammontare del danno cagionato, corrisponda la cifra alla vittima, si presenti all'udienza dove il giudice lo sentirà insieme al PM e alla persona offesa e a quel punto il giudice dovrà dichiarare estinto il reato (M. Iannuzziello, 2018)¹⁴.

¹³ *Ivi*, 15, 16.

¹⁴ L'autore sostiene che l'istituto in esame sia un primo passo verso la "fuoriuscita dalla vendetta", ritenendo che, nell'ambito della udienza nella quale il giudice sente reo e persona offesa, ci sia

Anche in questo caso, dunque, il risultato non sembra essere molto dissimile da quello riscostruito nella vicenda del patteggiamento in tema di abuso sessuale: la persona offesa sarà tutelata solo dall'ammontare della cifra che le verrà corrisposta. Nulla potrà dire circa l'opportunità di forme alternative di riparazione e tantomeno potrà asserire alcunché sull'ammontare della somma corrisposta a titolo di risarcimento. Ciò in ragione del fatto che l'art. 162 *ter*, c.p. è molto chiaro nello scandire i tempi e le modalità finalizzate alla dichiarazione di estinzione del reato: risarcito il danno, il giudice si limita a sentire le parti e la persona offesa ma quanto detto dalla vittima in quella sede non ha alcun potere di vincolare la sua decisione (F. Caporotundo, 2018)¹⁵.

Sotto questo punto di vista, le condotte riparatorie di recente introdotte sembrano condurre a risultati ancora più svantaggiosi rispetto a quelli descritti nella vicenda esposta nel paragrafo precedente: in sede di applicazione della pena su richiesta di parte, infatti, perché si possa riconoscere l'attenuante del danno risarcito *ex art.* 62 n. 6, c.p. è necessario che il ristoro abbia passato il vaglio del PM in primo luogo e in seconda battuta del giudice: due controlli di idoneità, anziché uno solo come nelle condotte riparatorie. A tutti e due i magistrati (ma soprattutto al giudice) è infatti riconosciuta la facoltà di ritenere incongruo il risarcimento e pertanto inapplicabile l'attenuante.

Ora, sebbene la norma sulle condotte riparatorie, per i motivi finora esposti, presenti molti aspetti deflattivi, non può sottacersi che l'art. 162 *ter*, c.p. sembri comunque cercare di effettuare un (maldestro) passo verso la giustizia riparativa. Al contrario della disciplina sull'applicazione della pena su richiesta di parte, la cui natura deflattiva, lo si è detto, è stata il motivo principale di ispirazione per il legislatore, che ricercava strumenti idonei a sgravare il carico giudiziario, le condotte riparatorie sembrano comunque essere ispira-

l'occasione per dar luogo a forme di riparazione sociale. L'art. 162 *ter*, c.p. si configurerebbe allora come vero e proprio istituto di *Restorative Justice*, pur ricorrendo alla figura del magistrato in luogo di quella del mediatore.

¹⁵ Tribunale Torino, Sez. uff. indagini prel., 2 ottobre 2017, n. 1299. Nella motivazione della sentenza che dichiara estinto il reato si legge: “*Nel caso di specie, è stata effettuata un'offerta reale pari ad Euro 1.500,00. Detta offerta reale non è stata accettata dalla persona offesa. Pertanto, la somma è stata depositata su di un libretto di deposito giudiziario intestato (omissis...) in atti. Tale somma è congrua rispetto all'entità dei fatti. Di conseguenza, deve essere emessa sentenza di non doversi procedere, ex art. 531 c.p.p., per essersi il reato estinto per condotte riparatone*”. Il caso di specie ha suscitato scalpore: si procedeva per il reato di atti persecutori. Il giudice aveva ritenuto congruo il risarcimento a fronte della condotta del reo, sconosciuto dalla vittima, che consisteva nell'attendere che questa uscisse di casa per poi palesare la propria presenza. Tutto ciò si protrasse per mesi e la vicenda è stata più volte richiamata dalla dottrina. *Ex multis*, si consulti il lavoro già citato di Francesco Caporotundo (2018).

te (anche) da una *ratio* diversa. *Ratio* che è stata riconosciuta dalla Suprema corte, in tema di possibile operatività dell'art. 162 *ter*, c.p., nel caso in cui a risarcire il danno cagionato sia l'assicurazione del reo, con evidente riferimento ai delitti colposi¹⁶. La Cassazione ha ritenuto opportuno orientarsi nel senso indicato dalla Corte Costituzionale¹⁷ in tema di circostanza attenuante *ex art. 62, n. 6, c.p.*: la natura di detta circostanza deve ritenersi oggettiva, non invece soggettiva. Ciò che rileva i fini del riconoscimento della stessa è che il reo si sia spontaneamente adoperato per riparare i danni cagionati, senza costrizioni o interventi da parte di terzi. Ritiene pertanto la Corte di cassazione, che solo qualora l'intervento dell'assicurazione sia stato sollecitato dal reo, onde dimostrare la riferibilità dell'evento risarcitorio allo stesso, sarà possibile applicare l'attenuante in esame.

Lo stesso ragionamento viene applicato, dalla Cassazione, con riferimento all'art. 162 *ter*, c.p.¹⁸. Sembra dunque chiaro che l'istituto in questione non richieda (solo) un semplice adempimento monetario da parte del reo. La condotta riparatoria deve essere, in qualche modo, partecipata dallo stesso e non può essere sostituita dall'intervento di terzi, senza che egli non si sia concretamente adoperato in alcun modo verso la vittima. La norma in esame sembra, dunque, richiamare la necessità di un dialogo minimo tra reo e persona offesa. Non basta che la vittima si veda corrispondere somme (che verosimilmente riceverebbe comunque in caso di condanna del reo) da parte di un soggetto indistinto, quale l'assicurazione. Occorre che proprio chi ha cagionato il danno intervenga a suo favore¹⁹. In questo senso sembra potersi rinvenire nell'art. 162 *ter*, c.p. una (debolissima) *ratio* ispirata alla giustizia riparativa. Tenendo conto delle recenti pronunce di legittimità in materia, occorre allora verificare quali correttivi possano essere utili per rendere le condotte riparatorie più coerenti con la loro natura di istituto espressivo di *Restorative Justice*.

¹⁶ Cassazione penale, Sez. IV, 12 novembre 2019, n. 10107.

¹⁷ Corte Costituzionale, 20 aprile 1998, n. 138.

¹⁸ Cassazione penale, Sez. IV, 12 novembre 2019, n. 10107, cit. “*La manifestazione di un serio intento risarcitorio estrinsecatasi in atti concreti, quindi, anche in relazione all'istituto in esame, costituise il dato rilevante ai fini dell'apprezzamento circa l'estensibilità del beneficio al soggetto che non abbia materialmente risarcito il danno tramite danaro proveniente dal proprio patrimonio. L'istituto in esame implica che la riparazione debba essere spontanea, integralmente satisfattiva nè indotta attraverso provvedimento giurisdizionale*”.

¹⁹ Ivi: “Come affermato dalle Sezioni unite di questa Corte (Sez. U., n. 5941 del 22/01/2009, *Pagani, Rv. 242215*) in tema di circostanza attenuante di cui all'art. 62 c.p., comma 1, n. 6, il legislatore ha privilegiato non il concreto soddisfacimento degli interessi della persona offesa del reato, bensì l'aspetto psicologico e volontaristico della riparazione, ossia “la condotta del colpevole dopo il reato, come sintomo della sua attenuata capacità a delinquere”. Come chiarito più avanti, la Corte ritiene applicabile il medesimo ragionamento anche all'art. 162 *ter*, c.p.

6. Spunti: mediazione anziché audizione di “parti e persona offesa”

In linea di prima approssimazione, per favorire davvero la persona offesa e non solo le esigenze di speditezza della macchina giudiziaria, l’art. 162 *ter*, c.p. dovrebbe spogliarsi di tutte le componenti a carattere deflattivo che lo caratterizzano nell’attuale formulazione. Occorre allora riflettere intorno all’attuale previsione secondo la quale il giudice si limita a “sentire” le parti e la persona offesa, dopo che il reo abbia effettuato il risarcimento. In tema di *Restorative Justice*, un ruolo fondamentale assume proprio il dialogo instaurato tra la persona offesa e il soggetto che ha commesso un reato, davanti ad un terzo imparziale. Orbene, come si è visto quello che invece viene promosso in questa sede non è un dialogo, bensì un’occasione di semplici dichiarazioni di congruità o meno del risarcimento effettuato. Potrebbe allora essere opportuno configurare la comparizione del reo e della persona offesa in modo più simile alla mediazione.

La mediazione ha infatti assunto un ruolo fondamentale nell’ambito dei procedimenti penali di minorenni (C. Mazzuccato, 2003), soprattutto in fase di indagini preliminari ed è altresì prevista dall’art. 29, D.Lgs. 274/2000 nell’ambito del procedimento ordinario davanti al giudice di pace (C. Mazzuccato, 2002)²⁰. È stato analizzato (G. Albanese, 2019) come la mediazione, in sede minorile, implichi preliminarmente il consenso del reo e della persona offesa al dialogo, l’incontro davanti ad un soggetto terzo ed imparziale (ap positamente formato da un punto di vista professionale) e il raggiungimento di un accordo che individui le opere di ristoro che il reo si obbligherà a compiere in favore della vittima. Dunque l’art 162 *ter*, c.p. potrebbe diventare un utile strumento di *Restorative Justice* solo a condizione che la prescrizione di sentire le parti e la persona offesa venga applicata con una certa attenzione al dialogo tra i soggetti coinvolti.

In questo modo la persona offesa avrebbe certamente maggior margine per esporre le proprie pretese: potrebbe meglio evidenziare le restituzioni

²⁰ L’autrice riporta una delle prime esperienze di mediazione penale nell’ambito dei procedimenti minorili, presso l’Ufficio per la Mediazione del Tribunale dei minorenni di Milano, operativo dal 1998. Nei primissimi anni del nuovo millennio la mediazione penale era percepita come una novità, aspetto che, invero, ancora oggi tende a conservarsi. La novità era tale che “*l’inaugurazione del progetto sperimentale di mediazione penale a Milano è stata preceduta da un’intensa fase preparatoria di sensibilizzazione e di collaborazione con tutti gli operatori della giustizia penale minorile: magistrati della procura e del Tribunale per i minorenni, avvocati, operatori dei servizi sociali e pubblici amministratori*” (p. 66). Sensibilizzazione necessaria, in quanto l’esperienza milanese della mediazione ha introdotto una delle prime forme di *Restorative Justice*, che doveva richiedere agli operatori del Tribunale di mutare la propria percezione del procedimento penale: se normalmente il reato rappresenta l’ultimo contatto tra persona offesa e reo, la *R.J.* avanzava la pretesa di far incontrare i due soggetti allo scopo di comporre la lite.

che risulti necessario operare, con quali modalità far cessare le conseguenze dannose o pericolose del reato e infine indicare l'ammontare del risarcimento del danno. È proprio in tema di risarcimento, tuttavia, che occorre riflettere su alcune soluzioni prospettabili in alternativa alla disciplina vigente.

7. La riparazione del danno

Per quanto concerne la voce del risarcimento assume un rilievo importante l'orientamento che alcuni giudici di merito hanno sposato a ridosso dell'entrata in vigore della norma²¹ e che continuano a sostenere tuttora²²: il risarcimento deve riguardare l'offesa tipica del reato (c.d. danno criminale) e inoltre essere comprensivo del danno patrimoniale, come del danno extrapatrimoniale (c.d. danno civile). Impostazione condivisibile, che la giurisprudenza di legittimità²³, tuttavia, oggi non sembra seguire: già con riferimento all'art. 35, D.Lgs. 274/2000 ha per esempio ritenuto che il risarcimento prestato dal reo valga ai soli fini dell'estinzione del reato²⁴ e che pertanto debba riguardare esclusivamente il danno criminale derivante dall'offesa tipica. La persona offesa potrà eventualmente rivalersi davanti al giudice civile ai fini del risarcimento del relativo danno. A queste conclusioni giunge anche parte della dottrina (G. Ariolli, 2015), laddove altra parte si limita ad evidenziare come la questione sia quantomeno dubbia (E. Caia, 2019). In ogni caso la stessa impostazione, come si accennava, è adottata anche con riferimento all'art. 162 *ter*, c.p.²⁵.

Al contempo la Suprema Corte²⁶ ha rigettato la tesi secondo la quale, corrisposta una cifra a titolo di risarcimento dal reo e accettata dalla persona offesa, il giudice debba dichiarare estinto il reato senza operare vagli sulla natura integrale del risarcimento. L'accettazione della vittima, per la tesi rigettata, certificherebbe la congruità del risarcimento stesso. Invece, secondo la Cassazione, ben ha fatto il giudice di merito a non dichiarare estinto il reato, dal momento che il ristoro offerto risultasse essere solo parziale e che compito del giudice è anche quello di assicurare la tutela della parte debole nel processo, impedendole di accettare risarcimento irrisori. Tuttavia, alla luce degli orientamenti sopra riportati, sembra doversi ritenere che l'integrità del risarcimento in esame debba limitarsi sempre e comunque al solo danno criminale.

²¹ Tribunale Milano, Sez. VII, 15 dicembre 2017, n. 12661.

²² Corte d'Appello Torino, Sez. I, 28 marzo 2018, n. 2334.

²³ Cassazione penale, Sez. V, 14 febbraio 2019, n. 10390.

²⁴ Cassazione penale, Sez. IV, 10 gennaio 2019, n. 7655.

²⁵ Cassazione penale, Sez. V, 14 febbraio 2019, n. 10390, cit.

²⁶ Cassazione penale, Sez. VI, 23 ottobre 2018, n. 52671.

Infine la Suprema Corte²⁷ ha anche evidenziato che la parte civile non ha interesse ad impugnare anche solo ai fini civili la sentenza che dichiara estinto il reato *ex art 162 ter, c.p.* (O. Murro, 2017)²⁸. La sentenza infatti “*limitandosi ad accettare la congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato, non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produce, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile*”²⁹. Dunque la parte civile non può lamentare l'incongruità del risarcimento, perché la statuizione economica vale solo ai fini della causa di estinzione del reato. Detta impostazione ha una sua ragione di fondo che riposa sulla differenza tra proscioglimento nel merito e proscioglimento di natura processuale. Se nel primo caso viene accertata la mancanza di responsabilità penale e conseguentemente rigettata la domanda di risarcimento, nel secondo, invece, nulla è statuito sulla responsabilità dell'imputato (D. Potetti, 2018): di qui la mancanza di interesse della parte civile ad impugnare.

Se sotto un profilo strettamente processuale l'impostazione sembra condivisibile, ne deriverà tuttavia che l'applicazione della norma *ex art. 162 ter, c.p.* comporterà che la persona offesa non solo verrà sentita senza garanzia di essere effettivamente ascoltata, si vedrà al massimo corrispondere il risarcimento del danno criminale e un suo eventuale diniego sulla congruità del risarcimento non impedirà al giudice di dichiarare estinto il reato³⁰, ma non potrà neppure impugnare.

²⁷ Cassazione penale, Sez. IV, 2 dicembre 2016, n. 1359; Cassazione penale, Sez. V, 14 febbraio 2019, n. 10390, cit.

²⁸ L'autrice evidenzia il percorso giurisprudenziale che ha interessato, sotto il punto di vista in esame, anche il precursore dell'art. 162 *ter, c.p.*: l'art. 35, D.Lgs. 274/2000. Gli orientamenti circa l'opportunità di impugnare la sentenza che dichiara estinto il reato (validi anche per le nuove condotte riparatorie) erano principalmente due. Il primo riconosceva detta possibilità dal momento che “*la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato conseguente a riparazione, [...] contenendo valutazioni incidenti nel merito della pretesa civilistica, era da considerarsi potenzialmente pregiudizievole per gli interessi della persona offesa*” (*Cass. pen., sez. IV, 14.5.2008, n. 23527*)”. Non solo, ma successivamente, in Cassazione penale, Sez. V, 23 settembre 2010, n. 40876, i giudici di legittimità avevano anche ritenuta legittima la possibilità di impugnare la sentenza che dichiara estinto il reato agli effetti penali “*in quanto questi sono coinvolti (in un unico effetto) con quelli civili, non essendo consentito dalla legge al giudice di scindere i due effetti*”. Tuttavia negli anni successivi la Corte cambiò posizione, dapprima limitando la possibilità della parte civile di impugnare gli effetti penali (Cassazione penale, Sez. V, 7 novembre 2013, n. 50578) e successivamente, come si è visto, impedendo anche l'impugnazione degli effetti civili (Cassazione penale, Sez. V, 26 giugno 2014, n. 30535). La motivazione principale risiede nella carenza di interesse, per la parte civile, di impugnare una sentenza che dichiara estinto il reato e che determina un'assoluzione processuale e quindi non di merito. Argomentazione che, come si è visto, è stata poi ripresa anche con riferimento all'art. 162, *ter, c.p.*

²⁹ Cassazione penale, Sez. V, 14 febbraio 2019, n. 10390, cit.

³⁰ Cassazione penale, Sez. IV, 19 febbraio 2016, n. 20542.

Invero, pare che introducendo l’istituto della mediazione nell’art. 162 *ter*, c.p. si potrebbe verificare un radicale mutamento di impostazione. Nell’ambito della mediazione, infatti, reo e persona offesa individuerebbero con una certa precisione la natura e l’ammontare del danno recato a quest’ultima. Il dialogo instaurato, sotto la guida di un mediatore, aiuterebbe a definire tutte le categorie di danno arrecato, individuando per ciascuna una forma di riparazione opportuna. In un simile contesto escludere dal risarcimento il danno civile non sarebbe giustificabile, in quanto ne deriverebbe una mediazione mutila e riferita esclusivamente al danno criminale. Nel momento in cui la riparazione frutto del dialogo (della mediazione) individui l’ammontare del risarcimento, tenendo conto di tutte le voci necessarie (ristoro dell’offesa tipica, ma anche danno patrimoniale ed extrapatrimoniale), allora la persona offesa potrà dirsi davvero ristorata. A ciò si aggiunga che non diverrà nemmeno necessario instaurare un apposito rito civile per ottenere i risarcimenti dovuti, il che sarebbe auspicabile sotto il profilo dell’economia processuale in senso lato.

Diviene inoltre condivisibile anche l’orientamento della giurisprudenza di legittimità che evidenzia la carenza di interesse della parte civile a impugnare la sentenza che dichiara l’estinzione del reato e che sostiene che il risarcimento debba riferirsi al solo danno criminale: se il ristoro (intero) è stato concordato tra le parti, allora un’eventuale impugnazione della persona offesa potrebbe intendersi come indice di un precedente confronto gravato da malafede. Tuttavia lo stesso orientamento di legittimità riportato non fa altro che rendere l’art. 162 *ter*, c.p. ancor più gravoso per la persona offesa interpretando la locuzione “sentite le parti e ove possibile la persona offesa” come una mera formalità. La persona offesa infatti si vedrà corrispondere una cifra non comprensiva del risarcimento del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale, sulla quale non potrà intervenire in modo efficace in sede di merito e che non potrà nemmeno impugnare, per mancanza di interesse. È vero, potrà comunque rivolgersi al giudice civile, ma, lo si è detto, non si vede perché gravare inutilmente sul carico giudiziario, quando si avrebbe la possibilità di risolvere l’intera controversia, in tutti i suoi aspetti, davanti al mediatore e allo stesso giudice penale.

8. La questione della procedibilità

La causa di estinzione del reato in esame, lo si è accennato, è applicabile esclusivamente ai reati perseguitibili a querela remissibile. Rimangono dunque fuori dal novero i reati perseguitibili d’ufficio, nonché i reati perseguitibili a querela non remissibile. Palazzo, nell’articolo da cui si sono prese le mosse per la presente trattazione, ha evidenziato come non possa passare inos-

servato l'ampliamento dei reati perseguitibili a querela con D.Lgs. 36/2018, immediatamente successivo all'introduzione dell'art. 162 *ter*, c.p. È questo un ulteriore elemento che porta a concludere per la natura deflattiva della norma in esame (D. N. Cascini, 2017)³¹.

Motivo di questa impostazione risiede nella convinzione del Legislatore che le condotte riparatorie possano interessare solo i reati che determinano un'offesa esclusivamente individuale e dal carattere prevalentemente patrimoniale (S. Seminara, 2018). Questa impostazione è stata criticata sotto diversi punti di vista. In primo luogo è stato evidenziato che taluni reati perseguitibili d'ufficio tutelano un interesse puramente privato, difficilmente riconducibile ad ulteriore interesse, anche pubblico, diverso dal principio del *neminem laedere* (D. N. Cascini, 2017)³². In questi casi, a fronte di una riparazione integrale, comprensiva di danno patrimoniale, extrapatrimoniale e criminale, dal punto di vista della persona offesa viene meno l'interesse al processo penale. Pur non ricorrendo ulteriori interessi da tutelare, nemmeno pubblici, il processo dovrà comunque proseguire e la riparazione potrà valere, al più, come circostanza attenuante comune *ex art.* 62, n. 6, c.p.

La dottrina (R. Muzzica, 2018) ha peraltro ravvisato il fatto che, nella formulazione definitiva della norma, sono stati esclusi dall'applicazione dell'art. 162 *ter*, c.p. i reati contro il patrimonio perseguitibili d'ufficio. Previsione che la Commissione Fiorella aveva in un primo momento inserito, con esclusione dei reati di cui agli articoli 628, 629, 630, 644, 648 *bis*, 648 *ter*, c.p. nonché di ogni delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone. Non si potrà quindi ricorrere alla causa estintiva di cui all'art. 162 *ter*, c.p. per queste fattispecie che, per definizione, offendono beni giuridici esclusivamente patrimoniali e pertanto arrecano un danno da considerarsi pienamente riparabile, ancorché siano perseguitibili d'ufficio.

Per contro è stato altresì evidenziato come ricorrono reati perseguitibili a querela remissibile particolarmente invasivi e caratterizzati dall'arrecare un danno non esclusivamente patrimoniale (G. P. Demuro, 2019)³³. In particolare ha suscitato clamore mediatico il caso già citato del GUP di Torino che ha dichiarato l'estinzione del reato di atti persecutori, la quale fattispecie base risultava perseguitibile a querela remissibile. A fronte di un simile esito (A. Ro-

³¹ L'autrice evidenzia che la finalità deflattiva sarebbe frustrata, tuttavia, proprio dall'esclusione di *default* di tutti i reati perseguitibili d'ufficio e a querela non remissibile.

³² L'autrice fa riferimento all'esempio delle molestie.

³³ L'autore cita i casi di violazione di domicilio, art. 614 c.p., o di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone, art. 393, c.p. e infine gli atti persecutori in assenza di minacce gravi, art. 612-*bis*, c.p.

meo, 2017)³⁴, è intervenuto il legislatore³⁵ che ha sottratto gli atti persecutori *ex art. 612 bis, c.p.* dal novero dei reati verso i quali è possibile operare una condotta riparatoria finalizzata alla dichiarazione di estinzione del reato (E. S. Labini, 2018). Parrebbe, pertanto, che le condotte riparatorie, così come pensate dal Legislatore, non includano tutta la gamma di reati che sarebbe logico coprissero e d'altra parte ne includano alcuni verso i quali pare difficile realizzare opere di riparazione.

A fronte di queste considerazioni sono state avanzate diverse proposte in dottrina, finalizzate a razionalizzare l'applicabilità dell'art. 162 *ter, c.p.* In primo luogo parrebbe utile evitare di subordinare l'applicazione della condotta riparatoria al regime di procedibilità del reato. Ciò anche in ragione del fatto che, alla luce delle lacune della norma finora riportate, la stessa procedibilità a mezzo querela rischia di perdere di significato (G. Vagli, 2017)³⁶. Il criterio che, si è suggerito, bisognerebbe adottare sarebbe dunque quello relativo all'individuazione di limiti edittali di pena (R. G. Maruotti, 2017), idea che peraltro ricorre anche con riferimento alla non punibilità per particolare tenuità del fatto da una parte, nonché per la sospensione del processo con messa alla prova dall'altra. Tuttavia ciò non risolverebbe il problema dell'inclusione di alcuni reati contro il patrimonio perseguitibili d'ufficio, di cui sopra si è trattato (G. Amarelli, 2017). La stessa dottrina (G. Amarelli, 2017) che evidenzia quest'ultimo problema, suggerisce allora l'opportunità di riformare, una volta per tutte, i reati perseguitibili d'ufficio, individuando quelli "riparabili" e contestualmente aumentando il novero dei reati estinguibili per condotte riparatorie.

Invero, sembra che la questione possa essere affrontata nell'ottica di riportare l'art. 162 *ter, c.p.* nell'ambito degli istituti di giustizia riparativa. La riflessione che segue parte quindi sempre dal presupposto che la norma in esame possa essere completata con l'introduzione dell'istituto della mediazione, in alternativa all'udienza in cui il giudice "sente le parti e la persona offesa". In questa prospettiva, sotto il profilo dei reati contro il patrimonio, è allora condivisibile l'impostazione secondo la quale dovrebbero potersi ricordurre tutti nell'alveo dell'art. 162 *ter, c.p.* Ciò, appunto, prescindendo dal regime di procedibilità, in quanto si tratta della tipologia di reato che, forse, più facilmente si presta a pratiche di riparazione del danno arrecato, a

³⁴ L'autore non condivide l'inapplicabilità della condotta riparatoria ai casi citati. Egli evidenzia, anzi, come il giudice, nel vagliare la congruità della condotta riparatoria prestata, abbia comunque la possibilità di reputarla inadeguata e pertanto non dichiarare l'estinzione del reato.

³⁵ Legge 172/2017.

³⁶ L'autore è provocatorio nel chiedersi "che senso abbia quindi la conservazione del diritto a querela per una serie di reati che poi possono estinguersi attraverso un mero indennizzo ritenuto congruo dal giudice penale, anche in caso di dissenso della vittima" (p. 3).

maggior ragione se precedute dalla mediazione. Più complesso è ricondurvi altri tipi di reato, quali quelli che determinano forme di danno a carattere extrapatrimoniale (che dunque comportano danni psico-fisici, morali, esistenziali).

Al riguardo gli orientamenti sono principalmente due: in primo luogo vi è chi ritiene si possano determinare forme di giustizia riparativa solo con riferimento a reati non particolarmente gravi. È l'orientamento di quanti, per esempio, hanno sostenuto l'urgenza di sottrarre dall'art. 162 *ter*, c.p. la fattispecie base degli atti persecutori (E. S. Labini, 2018): si muove dall'idea per la quale gli atti persecutori siano di per sé connotati da una gravità tale da non poter accedere a forme di riparazione. Tuttavia a fronte di questa impostazione, vi è anche chi ritiene che il vaglio operato dal giudice circa la congruità della condotta riparatoria possa garantire il venir meno di conseguenze dannose o pericolose per la persona offesa (A. Romeo, 2017), anche nei casi in esame.

La prima tesi sembra più condivisibile alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 162 *ter*, c.p.. Posto che l'istituto nasce con una chiara intenzione deflattiva, la conseguenza sul piano applicativo, lo si è visto, non può che esser quella di dar seguito a detta finalità. Una prassi così sbrigativa, che già in generale pare esser lesiva degli interessi della persona offesa anche solo nei reati contro il patrimonio, a maggior ragione non può essere avallata in delitti invasivi quali quello di atti persecutori.

Tuttavia, inserendo la mediazione nella lettera dell'art. 162 *ter*, c.p., ecco che la prospettiva cambia, almeno in parte. I sostenitori della *Restorative Justice* (A. Cerretti, C. Mazzuccato, 2008) non mancano di sottolineare che questa sia applicabile a qualsivoglia tipo di reato, indipendentemente dalla gravità (pur tenendo conto, ove sia necessario, delle esigenze di salvaguardia della persona offesa e dei consociati, laddove il reo risulti essere pericoloso). Di conseguenza l'art. 162 *ter*, c.p., integrato con la mediazione, potrebbe potenzialmente divenire la porta di ingresso per un nuovo modo di intendere il sistema e il procedimento penale. Che la mediazione penale si stia diffondendo sempre di più, anche col favore di spinte sovrannazionali, come si è avuto modo di citare in apertura di trattazione, è un dato significativo, del quale non si può non tener conto. La norma sulle condotte riparatorie ex art. 162 *ter*, c.p. non è altro che un ulteriore passo in questo percorso, cominciato con la mediazione penale minorile in sede di indagini preliminari, continuato con le condotte riparatorie nel procedimento davanti al giudice di pace e incentivato dalla direttiva 2012/29/UE. Con la disposizione in esame ecco che si prospetta la possibilità di introdurre il dialogo tra persona offesa e reo anche nell'ambito del procedimento penale ordinario.

Tuttavia il diritto penale della mediazione ha bisogno dei suoi fisiologici periodi di affermazione: è infatti significativo che il percorso, per ora approdato nell'art. 162 *ter*, c.p. (ed evidentemente non ancora terminato) duri da più di vent'anni. Se in questo momento la paura principale è quella di applicare le condotte riparatorie con mediazione a reati che importino danni dal carattere extrapatrimoniale, un primo, graduale passo potrebbe essere quello di applicarle a tutti i reati contro il patrimonio indipendentemente dal regime di procedibilità (forse, per il momento, continuando ad escludere i reati di cui agli articoli 628, 629, 630, 644, 648 *bis*, 648 *ter*, c.p., come suggeriva la Commissione Fiorella). A questi andrebbero aggiunte le forme meno gravi di reati contro la persona. Riprendendo per un'ultima volta il caso degli atti persecutori dichiarati estinti dal GUP di Torino: se il giudice avesse potuto disporre una mediazione davanti ad una persona appositamente formata, forse si sarebbe raggiunta una soluzione più condivisibile della corresponsione di millecinquecento euro.

Sulla scorta di questa conclusione, prendendo le mosse dai delitti contro la persona, potrebbero essere oggetto di studio forme di riparazione mediata che interessino le lesioni personali *ex art. 582, co. 1, c.p.*, la rissa *ex art. 588, c.p.* (in questo caso, vagliando ipotesi di riparazione vicendevole), le lesioni colpose *ex art. 590, co. 6, c.p.* (sottolineando l'importanza della riparazione tenuta dal datore di lavoro). Si pensi ancora al forte impatto mediatico che una condotta riparatoria, non necessariamente monetaria, ma fondata anche su scuse riportate pubblicamente, possa assumere in risposta all'istigazione di commettere atti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi³⁷ *ex art. 604 bis, co. 1°, lett. a*, c.p. Ancora, un esempio di delitto riparabile con mediazione potrebbe individuarsi nel caso della violenza privata *ex art. 610, c.p.*, soprattutto alla luce delle molteplici declinazioni in cui detto delitto può manifestarsi, tali da non poter escludere *tout court* forme di riparazione. Se poi sulla fattispecie base degli atti persecutori già si è detto, merita considerazione ancora la violazione di domicilio commessa con violenza su cose o persone, come disciplinata dall'art. 614, co. 4, c.p. Anche in questo caso non si può escludere che l'offesa arrecata possa essere oggetto di riparazione mediata, soprattutto nei casi meno gravi.

Per quanto concerne, invece, i delitti contro il patrimonio, ben potrebbe rientrare nell'alveo dell'art. 162 *ter*, c.p., integrato con la mediazione, il caso del furto aggravato dal danno patrimoniale di rilevante entità, il quale è at-

³⁷ Si immagini poi la medesima considerazione applicata a casi di discriminazione fondata sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità, casi che il d.d.l. 2005/2020, che mentre si scrive è in attesa della votazione in Senato, vorrebbe aggiungere all'art. 604 *bis*, c.p.

tualmente perseguitabile d'ufficio, così come la medesima considerazione vale per il furto in abitazione e con strappo *ex art. 624 bis*, c.p. Per quanto grave sia il danno, infatti, ciò non toglie che avendo natura patrimoniale potrebbe comunque prestarsi a riparazione da parte del reo. Sulla base di questo ragionamento l'art. 162 *ter*, c.p. potrebbe interessare anche il delitto di danneggiamento *ex art 635*, c.p. (che per sua stessa natura ammette la riparazione), il deturpamento di beni immobili *ex art. 639*, co. 2, c.p., ma anche la truffa aggravata dal danno di rilevante entità, la circonvenzione di persone incapaci *ex art. 643*, c.p., nonché l'appropriazione indebita prevista dall'art. 646, c.p.

Tuttavia, indipendentemente dalla gamma di delitti ai quali possa applicarsi l'art. 162 *ter*, c.p. modificato con l'introduzione della mediazione, perché questa sia effettivamente utile a entrambe le parti interessate, soprattutto alla persona offesa, urgono delle riflessioni intorno ai poteri del giudice e al potenziale ruolo del mediatore, entrambi elementi che al momento risultano carenti nell'art. 162 *ter*, c.p.

9. Il ruolo del giudice e i canoni di cui tenere conto: la riprovazione e la prevenzione

Il principale problema interpretativo dell'art. 162 *ter*, c.p. riguarda il fatto che, presentato il risarcimento e vagliatane la congruità, il giudice non debba porsi alcuna domanda se la condotta riparatoria abbia avuto una qualche funzione di riprovazione e di prevenzione in capo al reo. Caratteristiche che sono richieste, invece, dall'art. 35, D.Lgs. 274/2000, "padre spirituale" dell'art. 162 *ter*, c.p., in materia di procedimenti penali e condotte riparatorie davanti al giudice di pace. La critica che viene mossa (G. De Falco, 2017) riguarda il fatto che, se nel caso delle condotte riparatorie davanti al giudice di pace è possibile sincerarsi dell'avvenuto risarcimento e del ravvedimento del reo, nel caso dell'art. 162 *ter*, c.p. potrà tenersi conto solo dell'avvenuto risarcimento. Non solo, ma la norma così impostata, è stato detto (G. P. Demuro, 2019), rischia di favorire l'imputato benestante a discapito di quello meno abbiente.

Queste considerazioni devono essere condivise anche (e soprattutto) a fronte di una interpretazione dell'art. 162 *ter*, c.p. che valorizzi il dialogo tra la persona offesa e l'imputato e lo traduca in una forma di mediazione. Il giudice, quando si trova a svolgere la sua funzione di soggetto terzo e imparziale, dovrà poter tener conto sia della congruità della riparazione, sia del fatto che questa svolga talune funzioni tipicamente ascrivibili alla pena. Non bisogna dimenticare che ci si trova comunque innanzi ad un reato: la riparazione della vittima non è l'unica esigenza da soddisfare. Esistono anche esigenze di prevenzione generale e speciale.

Sotto il profilo della prevenzione generale negativa, non è condivisibile una norma sulle condotte riparatorie che, tenendo conto solo dell'avvenuto risarcimento, di fatto, monetizzi l'illecito. I consociati riceverebbero un messaggio sbagliato dall'ordinamento: quello secondo il quale, pagata una certa cifra, qualsiasi reato perseguitabile a querela di parte remissibile potrà dichiararsi estinto. Non sembra ricorrere, insomma, alcuna forza deterrente dal delinquere e invero, in questo senso, alcuni autori hanno addirittura parlato di funzione “criminogena” dell’art. 162 *ter*, c.p. (G. P. Demuro, 2019). A simili conclusioni bisogna allora pervenire anche sotto il profilo della funzione di prevenzione general positiva: l’orientamento dell’agire dei consociati rischia infatti di subire delle significative deviazioni. Per questi motivi parrebbe opportuno integrare l’art. 162 *ter*, c.p. indicando, quale necessario controllo del giudice, la sussistenza delle funzioni di riprovazione e di prevenzione nella condotta riparatoria tenuta (A. Ceretti, G. Manzozzi)³⁸.

Per quanto attiene alla funzione special preventiva negativa si impongono altre riflessioni. Com’è noto, trattasi di una funzione della pena tradizionalmente ascritta alla scuola positiva (C. F. Grossi *et al.*, 2020, 642), che mira alla neutralizzazione del reo: questi deve essere posto nella concreta impossibilità di delinquere. Detta finalità è allora conseguita per mezzo di forme di incapacitazione materiale (quali l’ergastolo o la detenzione per i delitti e l’arresto per le contravvenzioni) ovvero di incapacitazione giuridica: si pensi all’interdizione dai pubblici uffici quale pena accessoria *ex art.* 28, c.p. Ora, non sorprende che l’art. 162 *ter*, c.p. sia incompatibile con questa funzione della pena in particolare: in quanto causa di estinzione del reato, l’istituto in esame esclude la punibilità intesa, in primo luogo, proprio come stato di incapacitazione (materiale o giuridica) imposta dall’ordinamento. È tuttavia vero che la prevenzione speciale negativa si traduce anche nell’intimidazione nei confronti del reo. Commesso il reato, egli avrà comunque sperimentato una risposta da parte dell’ordinamento, anche se questa non si traduce in una pena. Da quanto ricostruito è possibile ritenere che la non punibilità sarà accettabile solo nella misura in cui il giudice accerti che le condotte riparatorie tenute abbiano soddisfatto le esigenze di riprovazione e di prevenzione special negativa. Il giudice, insomma, deve essere ragionevolmente sicuro che la risposta dell’ordinamento abbia intimidito il reo in modo tale che non delinqua più. La mancanza di un simile controllo, dal punto di vista delle tradizio-

³⁸ Gli autori riflettono su un altro aspetto relativo alla prevenzione generale, di carattere socio politico, in relazione alla giustizia riparativa. “Non è da escludere, anzi, che il modello possa agire da fattore di stabilizzatore sociale: qualora la prassi e gli esiti della riparazione venissero comunicati alla collettività con sufficiente persuasività, infatti, potrebbero essere mitigate efficacemente le crescenti e irrazionali richieste di prevenzione generale”.

nali funzioni della pena, porta con sé il rischio di non neutralizzare soggetti nei confronti dei quali l'incapacitazione sarebbe necessaria, da una parte, e dall'altra di premiare soggetti non intimiditi dalla risposta dell'ordinamento.

L'aspetto più interessante è tuttavia il seguente: inserire la necessità di un controllo sulla prevenzione speciale e riprovazione della condotta riparatoria non sarebbe nemmeno incompatibile con l'art. 162 ter, c.p. interpretato come istituto di *Restorative Justice*. Infatti la *Restorative Justice* non predica mai forme di “perdonò” incondizionato, sebbene sicuramente non condivide nemmeno la tradizionale nozione di pena (C. Mazzuccato, 2010)³⁹. Nell'ottica della *R.J.* la non punibilità come conseguenza della condotta riparatoria può verificarsi solo se questa sia scaturita dalla mediazione tra reo e persona offesa. Effettuata la mediazione in luogo dell'udienza (o prima di questa) in cui il giudice “sente le parti e la persona offesa” ex art. 162 ter, c.p., dovranno porsi in essere le condotte riparatorie concordate. Ciò effettuato il giudice dovrà verificare se questo esito della mediazione tra reo e p.o., la fine del “progetto” (L. Eusebi, 2015, 18)⁴⁰, abbia conseguito il risultato sperato: l'avvenuta restituzione, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale nonché l'avvenuta riprovazione e prevenzione speciale, dalla quale possa quantomeno ipotizzarsi che il reo non commetterà più reati. È chiaro però che proprio nel progetto di ristorazione, inserito nella mediazione con la persona offesa, si verifica la sostituzione della pena classica: nel successo della mediazione, l'incapacitazione del reo tende a perdere di significato (*ivi*, 19)⁴¹, mentre l'intimidazione assume maggior rilievo.

A questo punto del ragionamento, tuttavia, si inserisce un problema estremamente delicato, che è quello del rapporto tra la mediazione e la funzione special preventiva positiva, la rieducazione ex art. 27, co. 3, Cost. Com'è noto

³⁹ L'autrice mette in evidenza la differenza tra la pena tradizionale e la risposta della *Restorative Justice* al reato. La prima si sconta con “mortifera passività”, mentre la riparazione assume una connotazione più spiccatamente attiva. La giustizia riparativa pone il reo nella condizione di prestare il proprio consenso ad incontrare la vittima (il quale consenso è altresì necessario) al fine di conoscere e prendere consapevolezza di “*cio che si è guastato*”. Solo attraverso questo passaggio gli sarà possibile adoperarsi per “aggiustare, ricucire, sistemare”. Ecco allora come ritorna, di nuovo, la necessità della mediazione tra p.o. e vittima.

⁴⁰ “*Saranno dunque da privilegiarsi – insieme alle sanzioni più volte richiamate miranti a incidere, quando necessario, sugli interessi materiali perseguiti illecitamente – sanzioni di carattere prescrittivo, di impegno (con il consenso dell'interessato), ove si diano specifiche problematiche individuali*” (L. Eusebi, 2015, 18).

⁴¹ L'autore evidenzia che il percorso svolto dal reo e dalla vittima possa portare il giudice a dichiarare estinto il reato. Ciò rileverebbe nella misura in cui il carcere “*recupererebbe la funzione tante volte dichiarata, e mai davvero concretizzata, di extrema ratio, riguardante casi in cui non sia evitabile per un certo tempo la privazione della libertà personale, sussistendo il pericolo serio della reiterazione di reati gravi, specie in rapporto a legami, non tali da potersi altrimenti recidere, con la criminalità organizzata*” (*ivi*, 19).

il concetto di “rieducazione” deve essere interpretato nel senso della “risocializzazione” (C. F. Grosso *et al.*, 2020, 647), in quanto non può intendersi come “emenda” (*ivi*, 642)⁴², in virtù del principio di laicità dello Stato. Risocializzazione che, peraltro, non può essere imposta, ma deve essere accolta e collaborata dal condannato. In questo senso si interpreta l’art. 27, co. 3°, Cost. laddove prevede che la pena debba “tendere alla rieducazione”: la sanzione deve insomma dare la possibilità al reo di prendere parte a percorsi di recupero della persona (*ivi*, 2020, 647), ma la stessa dovrà comunque cessare, una volta espiata, anche qualora non si sia verificato alcun risultato apprezzabile nella risocializzazione del condannato.

È allora da ritenersi che, anche sotto il profilo della funzione special preventiva positiva, le condotte riparatorie scaturite dalla mediazione, che sarebbe auspicabile inserire nell’art. 162 *ter*, c.p., debbano avere come obiettivo minimo gli effetti di riprovazione e prevenzione special positiva, tuttavia connotando la rieducazione in termini laici, e dunque senza mirare ad un recupero morale del reo. In particolare, l’avvenuta risocializzazione dovrà essere verificabile dal giudice valutando il livello di adesione al progetto da parte del reo, progetto che dovrà allora tener conto sia della ristorazione della vittima, che della risocializzazione. Tutto ciò che attiene all’emenda del reo sarà un *quid pluris*, auspicabile da un punto di vista strettamente umano e probabilmente quasi insito nel processo di mediazione riuscito stesso, ma non necessario sotto il profilo giuridico.

10. Se la vittima non aderisce?

Quanto finora considerato stimola un interrogativo: quale soluzione si può prospettare nel caso in cui la persona offesa non presti il consenso alla mediazione? Come si è menzionato, infatti, la *condicio sine qua* non è possibile procedere alla mediazione è l’ottenimento del consenso della persona offesa. D’altronde non pare condivisibile l’idea di una mediazione penale obbligatoria, così come si verifica per il procedimento civile: costringere la vittima all’incontro col reo implicherebbe un’evidente forma di vittimizzazione secondaria, che, come si è menzionato in apertura di trattazione, configura proprio una delle conseguenze che la più recente normativa europea e nazionale intendono evitare.

⁴² Viene posto in evidenza che intendere la rieducazione come “emenda”, significherebbe ritenere che la pena abbia come scopo quello di dar luogo ad una rielaborazione interiore del reato, da parte del condannato, onde ottenerne un recupero sotto il profilo morale. Tuttavia il principio di laicità dello Stato impedisce all’ordinamento di “*indagare il foro interno degli individui per stimolare il loro recupero morale*” (C. F. Grosso *et al.*, 2020, 642).

D'altra parte, qualora il legislatore introducesse la mediazione nell'art. 162 *ter*, c.p., bisognerebbe prendere atto di un nuovo modo di intendere il procedimento penale: non più come solo luogo di accertamento del fatto di reato, ma anche come spazio di composizione anticipata del conflitto. Questa impostazione di favore verso l'attuazione di condotte riparatorie dovrebbe allora essere accompagnata da una forte attività informativa della p.o., in ordine ai vantaggi che la riparazione, preliminare ad un eventuale giudizio, potrebbe comportare.

Primo tra tutti, assume importanza il fatto di non dover affrontare la dimensione pubblica del processo penale e la possibilità di comporre in modo più "discreto" il *vulnus* subito. E ciò non parrebbe contrastare con il principio di pubblicità che regola il procedimento. Infatti non sarebbe la prima volta che una dinamica privata, che vede protagonisti persona offesa e reo, si anteponga all'interesse pubblicistico di accertare un fatto di reato. Si pensi all'istituto della remissione della querela, causa di estinzione del reato anch'esso, che nella prassi è spesso anticipata da forme di riparazione. Tuttavia è proprio in questi casi che, non si può tacerlo, talvolta sorgono vere e proprie forme di "contrattazione" tra persona offesa e reo in ordine alla concessione della remissione a fronte di controprestazioni. Trattative che possono anche tradursi in conseguenze dannose per una parte o per l'altra. Allora prospettare alla vittima la possibilità di dialogare con il reo, in uno spazio sicuro quale può essere quello della mediazione, potrebbe essere un buon modo per favorirne l'adesione.

Di grande importanza, naturalmente, riveste poi l'argomento del risarcimento del danno. Rendere la vittima edotta delle conseguenze sia dell'adesione alla mediazione, sia della mancata partecipazione alla stessa, potrebbe convincerla dell'utilità di una simile soluzione. La consapevolezza che davanti al mediatore potrà meglio evidenziare i danni subiti e che conseguentemente avrà più possibilità di addivenire a una forma di risarcimento soddisfacente, in quanto da lei stessa concordata, gioca un ruolo di rilievo non trascurabile. Un altro modo per favorire l'adesione della vittima passa dunque attraverso l'attività informativa.

Qualora, nonostante tutto, la vittima decidesse comunque di non aderire alla mediazione, sorgerebbe la necessità di bilanciare detta legittima risoluzione con quella di non sacrificare gli intenti riparatori del reo. Si noti allora che la presente trattazione ha preso le mosse proprio dalla considerazione che una disciplina riparatoria, come quella vigente, in cui la persona offesa non possa inserirsi in modo alcuno non appare condivisibile. Tuttavia l'impostazione cambia qualora alla stessa sia stata data la possibilità di partecipare ad un percorso di mediazione, ma abbia deciso di rinunciarvi. Con ciò non si vuole individuare come soluzione quella di applicare l'art. 162 *ter*, c.p., così

come oggi disciplinato. La norma, infatti, potrebbe comunque essere oggetto delle modifiche che autorevole dottrina (G. P. Demuro, 2019) ha individuato e che nella presente trattazione sono state riportate. Prima tra tutte: il sindacato del giudice sull'efficacia preventiva e di riprovazione della condotta riparatoria tenuta.

A fronte di una mancata adesione della vittima, insomma, la condotta riparatoria potrebbe comunque avere un ruolo nel procedimento penale. Tuttavia a patto che il giudice si sincerì che la stessa non sia il frutto di un mero calcolo utilitaristico effettuato dal reo.

11. Mediazione e deflazione: una convivenza possibile

L'art. 162 *ter*, c.p., come già concludeva Palazzo, si configura come un (altro) istituto deflattivo mascherato da strumento di *Restorative Justice* (R. G. Maruotti, 2017). In alternativa potrebbe intendersi come istituto di giustizia riparativa mutilo, tuttavia, degli elementi fondamentali di questa (E. Caia, 2019)⁴³. Volendo propendere per quest'ultima interpretazione sarebbe bene tenere distinti gli istituti dalla natura specificamente deflattiva, da quelli con natura riparativa. In questo secondo caso è bene procedere coi tempi richiesti dalla riparazione, tempi che non si può pretendere essere brevi, in quanto richiedono di comporre, nell'incontro, l'esperienza traumatica che caratterizza il reato (G. Forti, 2006)⁴⁴.

Nulla vieta, inoltre, di ristudiare l'art. 162 *ter*, c.p. tenendo conto anche delle ragioni della deflazione. A questo fine una figura divenuta rilevante nell'ambito dei procedimenti penali minorili è quella del mediatore (C. Mazzuccato, 2002)⁴⁵, soggetto diverso dal magistrato, deputato alla gestione del

⁴³ L'autrice evidenzia quanto, l'art. 162 *ter*, c.p. sia lontano dalla definizione di *Restorative Justice* contenuta nell'art. 2, co. 1°, lett. d) della Direttiva 2012/29/UE23: “norma per la quale è giustizia riparativa «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale” (p. 11).

⁴⁴ L'autore sottolinea che, poiché la mediazione introduce il reo e la persona offesa ad un percorso, è chiaro che non avrà più spazio l'idea dell'essere “responsabili di qualcosa e per qualcosa”. Se questo è l'obiettivo ultimo del processo penale, nella mediazione ciò configura solo uno dei passaggi del percorso che reo e persona offesa affrontano insieme. Se il processo penale, in ossequio al principio della sua ragionevole durata, cerca di incedere rapidamente verso un'affermazione di responsabilità (o meno) dell'imputato, la mediazione non potrà procedere con le stesse tempistiche, in quanto il tempo della riuscita del dialogo non può essere determinato a priori.

⁴⁵ Claudia Mazzuccato descrive la figura del mediatore nella esperienza presso il Tribunale per i minorenni di Milano. L'aspetto che emerge maggiormente è l'eterogeneità della formazione professionale di ciascuno dei mediatori che compongono l'équipe: ricorrono giuristi, educatori, assistenti sociali, pedagogisti, criminologi, sociologi e teologi. Detta impostazione è necessaria nell'ottica di intendere il reato non come solo fatto giuridico, ma più in generale come fatto umano. Se la media-

dialogo tra la persona offesa e il reo (G. Albanese, 2019). Ora, il mediatore tende ad intervenire o in fase di indagini preliminari davanti al GIP o al massimo difronte al GUP e quindi comunque in un momento antecedente al rinvio a giudizio. Assai di rilievo sono poi le forme di mediazione in fase di esecuzione della pena, ma per la presente trattazione interessa prendere in esame la prima ipotesi (G. Mosconi, 2008; P. Ciardiello, 2016; S. D'Amato, 2018). Dal momento che la fase di dialogo viene affidata a questo soggetto terzo, il mediatore appunto, il magistrato del caso concreto non dovrà far altro che valutare l'esito della mediazione (C. Mazzuccato, 2003, 69)⁴⁶, processualizzato dal mediatore al termine del dialogo tra persona offesa e reo. Si tratterebbe di individuare, come nel procedimento penale minorile, una sorta di subprocedimento (C. Mazzuccato, 2002, 67), davanti al mediatore, che preceda l'incontro con l'autorità giudiziaria, davanti alla quale si tornerà al termine del dialogo, sia esso riuscito oppure no.

Non solo, ma questa impostazione permette anche di rispettare il principio *nemo tenetur se detegere* (L. Eusebi, 2015, 19), dal momento che il mediatore, nel peggior dei casi, si limiterà a comunicare al magistrato la mancata mediazione, senza riportare quanto specificamente riferito dal reo in quella sede. L'informazione ricevuta dal magistrato, inoltre, non può portare a concludere automaticamente per la colpevolezza dell'indagato, in quanto la mancata mediazione può eventualmente derivare dal fatto che questi sostenga fermamente di essere innocente. Per contro la comunicazione di avvenuta mediazione e l'eventuale indicazione degli estremi della riparazione (restituzioni e risarcimento) permetteranno al magistrato di operare un vaglio circa la riprovazione e la prevenzione, nei termini enunciati nel paragrafo precedente.

Alla luce di queste considerazioni pare potersi concludere che l'art. 162 *ter*, c.p., per adempiere il suo ruolo quale istituto di *Restorative Justice*, debba essere ripensato collocando la persona offesa al centro della condotta riparatoria. Dal momento che il codice penale tende a tralasciare le ragioni della persona offesa, la definizione di detto ruolo può essere ricercata nei

zione intende conseguire un incontro proficuo tra reo e persona offesa, diviene necessario tenere in considerazione tutti gli aspetti attinenti alle diverse branche del sapere scientifico; *cfr.* C. Mazzuccato, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e proposta dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, 2018.

⁴⁶ “Il lavoro di ricucitura significativa, fattiva, operosa, del legame sociale richiede molto tempo, attenzione non formale al bisogno di attenzione delle vittime, dedizione paziente per cogliere le implicazioni allargate del conflitto: questa opera volenterosa e non strettamente giuridica può essere svolta col massimo risultato solo da soggetti non titolari dei poteri giuridici di coazione o decisione vincolante; inoltre questi ultimi sono troppo indaffarati sotto il peso del carico giudiziario e degli adempimenti formali per potersi curare di tutta la mole di lavoro quotidiano e informale richiesto per raggiungere l'obiettivo della ricucitura del legame sociale e del soddisfacimento delle parti, obiettivo che garantisce il rispetto degli accordi, anche riparativi, eventualmente conclusi”.

moderni approdi della dottrina in tema di mediazione penale, prendendo le mosse anche dall'esperienza maturata nell'ambito dei procedimenti minorili. La mediazione, inserita nella dinamica dell'art. 162 *ter*, c.p., può permettere alla vittima di esporre le proprie ragioni ed esigenze ai fini di una riparazione patrimoniale, extrapatrimoniale, ma anche "umana", del danno subito. La presenza di una figura professionale quale quella del mediatore potrebbe, inoltre, favorire anche le ragioni della deflazione: non solo in quanto l'esito positivo del dialogo avvenuto porterebbe più agevolmente a sentenze che dichiarino estinto il reato, ma anche perché diverrebbe giustificabile, anche sotto il profilo sostanziale, l'orientamento secondo il quale dette sentenze non possono essere impugnate dalla persona offesa per mancanza di interesse. Al contempo la presenza del mediatore permetterebbe di tutelare il reo da forme di autoincriminazione. A completamento di una possibile riscrittura dell'art. 162 *ter*, c.p., si ritiene inoltre necessario inserirvi il riferimento al controllo delle funzioni di riprovazione e prevenzione, così come già avviene per l'art. 35 D.Lgs. 274/2000. Infine, sotto il profilo della procedibilità, potrebbe essere utile estendere le condotte riparatorie a (quasi) tutti i reati contro il patrimonio, nonché ai reati contro la persona nei casi meno gravi: ciò nell'ottica di sperimentare gradualmente nuove forme di mediazione.

Riferimenti bibliografici

- ALBANESE Giulia (2019), *La mediazione nel procedimento penale minorile tra normativa e prassi*, in "Cassazione penale", 1, pp. 370-391.
- AMARELLI Giuseppe (2017), *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.*, in "Studium iuris", XXIII, 12, pp. 1419-1431.
- ARIOLLI Giovanni (2015), *È inammissibile l'impugnazione della parte civile avverso la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato*, in "Cassazione penale", 11, pp. 3936-3948.
- CAGOSSI Martina (2016), *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in "Diritto penale contemporaneo", 19 gennaio.
- CAIA Elisabetta (2019), *Sull'applicabilità della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie in sede di legittimità*, in "Archivio penale web", 1.
- CALLARI Francesco (2012), *L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cognitivo*, in "Archivio penale web", 3.
- CAPOROTUNDO Francesco (2018), *L'estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art. 162 ter, c.p.*, in "Archivio penale web", 1.
- CASCINI Domenica Naike (2017), *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in "Archivio penale web", 2.
- CASELLA Giuseppina (2014), *L'attenuante del danno di particolare tenuità nei delitti contro il patrimonio nell'evoluzione della giurisprudenza di cassazione*, in "Archivio penale web", 1.

- CERETTI Adolfo, MANNOZZI Grazia (senza data), *Sfide: la giustizia riparativa*, in <http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/giustizia/mannozzi.htm>
- CERETTI Adolfo, MAZZUCCATO Claudia (2008), *Mediazione reo/vittima: le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa. Un commento alle Guidelines for a Better Implementation for the Existing Recommendation concerning Mediation*, in "Nuove esperienze di giustizia minorile", 1, pp. 201-209.
- CIARDIELLO Patrizia (2016), *Esecuzione penale, giustizia riparativa e coesione sociale: il Laboratorio NEXUS*, in G. P. Turchi, M. Guarino, P. Ferrari, a cura di, *Minori e giustizia. La mediazione come strumento efficace ed efficiente per un ruolo attivo del minore nella comunità*, Domeneghini Editore, Padova.
- D'AMATO Sylva (2018), *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in "Archivio penale web", 1.
- DE FALCO Giuseppe (2017), *La nuova causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p.: efficacia deflattiva reale o presunta?*, in "Cassazione penale", LVII, 12, pp. 4626-4637.
- DELLA TORRE Jacopo (2019), *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano.
- DEMURRO Gian Paolo (2019) *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", LXII, 1, pp. 437-471.
- DIAMANTE Antonio (2016), *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D.Lgs. 212/2015*, in "Giurisprudenza penale", 3.
- DONINI Massimo (2020), *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in "Questione giustizia web", 29 ottobre.
- EUSEBI Luciano, a cura di (2015), *Una giustizia diversa, il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano, pp. 3-20.
- FIANDACA Giovanni (2020), *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in "Sistema penale", 28 novembre.
- FORTI Gabrio (2006), *Giustizia riparativa e tempo della persona: scorci non "panoramatici" dal "finestrino" del processo penale*, in "Dignitas", 9, pp. 6-18.
- GROSSO Carlo Federico, PELISSERO Marco, PETRINI Davide, PISA Paolo (2020), *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano.
- IANNUZZIELLO Mario (2018), *La dialettica delle parti sulla condotta riparatoria e il ruolo sussidiario del giudice nell'estinzione del reato ex art. 162 ter, c.p.*, in "La giustizia penale", CXXIII, 11, pp. 619-625.
- LABINI Emanuele Sylos (2018), *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie non si applicherà al delitto di stalking: brevi riflessioni a margine della Legge 172/2017*, in "Giurisprudenza penale", 1.
- LORUSSO Sergio (2013), *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in "Diritto penale e processo", XIX, 8, pp. 881-888.
- MAGLIARO Letizio (2019), *La vittima del reato nel processo penale*, in "Questione giustizia web", in https://www.questionejustizia.it/speciale/articolo/la-vittima-del-reato-nel-processo-penale_113.php.

- MARUOTTI Rocco Gustavo (2017), *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter, c.p., tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflattive: prime riflessioni de iure condito*, in "Questione giustizia web", 20 giugno 2017.
- MAZZUCCATO Claudia (2002), *Una testimonianza e qualche riflessione a partire dall'esperienza milanese*, in "Dignitas", 1, pp. 62-71.
- MAZZUCCATO Claudia (2003), *Mediazione e riparazione. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione e di giustizia riparativa in ambito penale nell'ordinamento vigente*, in "Dignitas", 2, pp. 61-71.
- MAZZUCCATO Claudia (2010), *Appunti per una teoria dignitosa del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in Claudia MAZZUCCATO, Antonino BARLETTA, Luciano EUSEBI, Saverio GENTILE, Lauretta MAGANZANI, Giuseppe MONACO, Dino RINOLDI, *Dignità e diritto prospettive interdisciplinari*, Libellula Edizioni, Tricase (LE), pp. 99-165.
- MONATERI Pier Giuseppe (2009), *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in "Responsabilità civile e previdenza", 1, pp. 56-62.
- MOSCONI Giuseppe (2008), *La giustizia riparativa. Definizione del concetto e considerazioni sull'attuale interpretazione da parte della magistratura italiana*, in "Antigone", 2, pp. 11-27.
- MURRO Ottavia (2017), *Condotte riparatorie ed estinzione del reato* (D.Lgs. n. 274/2000), in "Treccani diritto online".
- MUZZICA Raffaele (2018), *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile ai fini deflattivi*, in "Archivio penale web", 1.
- PALAZZO Francesco (2019), *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in "Sistema penale", 19 dicembre.
- PARISI Francesco (2014), *La Restorative Justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in "Diritto penale contemporaneo", 24 dicembre.
- POTETTI Domenico (2018), *Estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.): le questioni sul danno*, in "Cassazione penale", 3, pp. 873-888.
- REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE (2014), *Sulla applicabilità della attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. al reato di guida in stato di ebbrezza*, in "Giurisprudenza penale", 10 marzo.
- ROMEO Alberto (2017), *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Prime riflessioni (critiche) sulla nuova causa estintiva del reato introdotta dalla c.d. Riforma Orlando*, in www.magistraturaindipendente.it, 14 dicembre 2017.
- SCALFATI Adolfo (2019), *L'uso strategico dei procedimenti "differenziati"*, in "Archivio penale", LXXI, 3, pp. 853-869.
- SEMINARA Sergio (2018), *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in "Criminalia annuario di scienze penalistiche", XIII, pp. 383-402.
- VAGLI Giovanni (2017), *Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)*, in "Giurisprudenza penale", 10.
- ZIRULIA Stefano (2017), *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in "Diritto penale contemporaneo", 6, pp. 243-252.
- ZIVIZ Patrizia (2018), *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*, in "Responsabilità civile e previdenza", LXXXIII, 3, pp. 863-887.

Abstract

THE OFFENDED PERSON BETWEEN DEFLATTIVE NEEDS AND NEED FOR PROTECTION

The contribution develops a reflection on the criminal protection reserved to the offended person. Starting from the analysis of Francesco Palazzo in the matter of punishability and a case study of the legal clinic of disability and vulnerability at the Law Department of the University of Turin, we wonder about the role assumed by some institutions in the matter of protection of the victim: the application of punishment at the request of the party and restorative conduct pursuant to ex-art. 162 ter, penal code. If the heavy burden of criminal justice justifies the deflationary nature of the first institution, it will not be possible to reach the same conclusion for the second. The contribution reflects on what corrective measures could be proposed to transform the restorative conducts from an instrument of deflation only to an institution of (true) protection for the offended person, as well as potential pick for the entry of Restorative Justice also in criminal proceedings other than juvenile. The emphasis is therefore on the fundamental role that mediation could play in the field of art. 162b, penal code, with particular reference to the categories of crime “reparable”, compensation for damage and the role of the judge in the assessment of conduct useful to the catering of the victim.

Key words: Restorative Justice, Mediation, Mediator.