

QUESITI

ARCHIVIO PENALE

ISSN 0004-0304

e-ISSN 2384-9479

FASCICOLO n. 3 del 2020

ROSSELLA MASTROTOTARO

Il ruolo dell'offeso nel cerimoniale della pena

Nel modello di giustizia penale classico, il rapporto esclusivo reo-Stato ha relegato l'offeso in una posizione di marginalità, fino ad estrometterlo completamente dal procedimento in fase esecutiva. L'intento di rimediare al vuoto di tutela in occasione dell'ultima riforma penitenziaria non ha prodotto significativi risultati, ma ci ha consegnato un lascito importante che si ha il dovere di non disperdere.

The role of the victim in the ceremonial of punishment

In the classic criminal justice model, the exclusive offender-state relationship has relegated the victim to a position of marginality, to the point of completely excluding him from the proceedings in the executive phase. The intent to remedy the gap in protection during the last prison reform did not produce significant results, but it gave us an important legacy that we have the duty not to disperse.

SOMMARIO: 1. L'offeso nella cornice del giusto processo. - 2. L'esecuzione penale tra interessi indisponibili e istanze della vittima. - 3. La giustizia riparativa in executivis nelle proposte di riforma. - 4. La partecipazione al procedimento di sorveglianza. - 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'offeso nella cornice del giusto processo.* All'indomani della costituzionalizzazione dei principi del giusto processo (L. cost. 23 novembre 1999, n. 2), la dottrina si è interrogata intorno alla loro applicabilità alla fase deputata all'esecuzione della pena¹.

Il tenore letterale dei nuovi commi anteposti al contenuto originario dell'art.

¹ In argomento, tra i tanti, v. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, 571 s.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 10 ss.; DELLA CASA, *I riflessi del "nuovo" art. 111 sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. penit. criminol.*, 2002, 1-2, 137 ss.; GIUNCHEDI, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, in *Ind. pen.*, 2004, 481 s.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002; PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, 207 ss.; RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 501 s.; SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della costituzione*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 5 ss.

111 Cost.², unitamente alla volontà dei riformatori di reagire ad una giurisprudenza costituzionale che aveva sfigurato il volto accusatorio del processo delineato nel codice Vassalli³ fanno propendere per l'idea che il legislatore abbia puntellato le garanzie giurisdizionali focalizzandosi sulla figura della persona accusata di un reato⁴.

Tuttavia, confrontando l'esperienza nazionale di tutela del "giusto processo" con le fonti internazionali, in particolare con l'art. 6 C.E.D.U., non sfugge la diversa impostazione delle carte fondamentali.

Mentre nei trattati i connotati del *fair trial* si atteggiano a diritti soggettivi riconosciuti alla persona accusata di un reato, nell'art. 111 Cost. la prospettiva del diritto del singolo appare "assorbita" da quella "oggettiva" del rapporto di strumentalità all'esercizio della giurisdizione.

In quest'ottica, le componenti del giusto processo si atteggiano alla stregua di garanzie oggettive che, oltre ad essere sottratte alla disponibilità delle parti processuali (senza essere annullate), salvo eccezioni (art. 111 comma 5 Cost.), consentono di dare spazio «ad un più ampio spettro di esigenze di tutela, anche diverse da quelle aventi come punto di riferimento la persona che debba difendersi da un'accusa: così, in particolare, quelle facenti capo alla vittima del reato»⁵.

Per la verità, anche nella giurisprudenza europea si segnalano percorsi, non molto lineari, ma comunque indicativi di una certa inclinazione a considerare le istanze della vittima, a condizione che sia interessata alla risoluzione di una controversia civilistica implicata dalla commissione di un'infrazione penale⁶.

Escluso che nell'art. 6 § 1 C.E.D.U. possa ravvisarsi il fondamento di un diritto dell'offeso di «intentare di sua iniziativa un'azione penale», se, però, l'ordinamento interno ammette la possibilità di far valere una pretesa risarcitoria attraverso il processo penale, in tal caso si configura in capo alla vittima

² Il riferimento è ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 111 Cost. che, impiegando le nozioni di accusato o imputato, contengono un chiaro riferimento al protagonista della fase della cognizione.

³ La riforma sul giusto processo, come noto, è generata da una reazione "politica" alle sentenze della Corte costituzionale che hanno accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla disciplina della testimonianza della polizia giudiziaria (Corte cost., n. 24 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 114), e delle contestazioni alle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. (Corte cost., n. 254 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 2015) e al testimone (Corte cost., n. 255 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 2022).

⁴ Secondo PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Cass. pen.*, 2010, 41, fin dall'epoca dei lumi «la rivalutazione dei motivi di libertà dell'individuo» ha operato «nel senso di approfondire la tutela del colpevole e dell'incolpato, ma ciò a scapito della tutela della vittima».

⁵ CHIAVARIO, voce *Giusto processo II) Processo penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, vol. XV, 3.

⁶ Per una contenuta, significativa, raccolta di sentenze della Corte di Strasburgo che valorizzano le istanze della vittima del reato, si rinvia a CHIAVARIO, *Il «diritto al processo» delle vittime dei reati e la corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 938 s.

un «diritto di carattere civile» la cui tutela giurisdizionale risulta assicurata dallo stesso art. 6 § 1 nella sua previsione parallela a quella dettata per il processo penale⁷.

Quando la Corte di Strasburgo riconosce l'insufficienza della tutela civilistica approntata dagli Stati membri, quale rimedio ad offese di particolare intensità, e ritiene invece proporzionato il ricorso allo strumento del diritto penale, l'accoglimento delle istanze dell'offeso si fonda, più che sul principale referente normativo per l'accesso alla giustizia (art. 6 C.E.D.U.), su altre norme della Convenzione a tutela, ad esempio, del rispetto della vita privata e familiare della persona⁸.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca la Corte di giustizia che valorizza le istanze dell'offeso, pur rimarcando che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non gli attribuisce il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo al fine di ottenerne la condanna⁹; d'altra parte, la legislazione europea a tutela della vittima non prevede poteri *lato sensu* dispositivi sul contenuto della pena¹⁰.

In altri termini, senza riconoscere alla vittima di reato il diritto ad un processo equo, parallelo a quello dell'imputato, il diritto europeo¹¹ alimenta la consapevolezza che non può considerarsi giusto quel processo disciplinato da rego-

⁷ Corte EDU 29 ottobre 1991, *Helmers c. Svezia*, in www.hudoc.echr.coe.int, ha condannato lo Stato convenuto per violazione dell'art. 6 C.E.D.U. in quanto alla presunta vittima di un reato di diffamazione non era stata data la possibilità di essere ascoltata personalmente e in contraddittorio con le parti avverse nel processo penale instaurato a loro carico.

⁸ Ad esempio, Corte EDU 26 marzo 1985, *X c. Paesi Bassi*, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Diritti politici e civili*, n. 26, ha ravvisato la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. in un caso di abusi sessuali a danno di una minorenni con malattia mentale, perpetrati in un istituto per disabili, in relazione ai quali il padre della vittima lamentava il fatto che la legislazione olandese non consentisse di prendere in considerazione la denuncia penale presentata dal genitore, in quanto soggetto diverso dalla vittima. Secondo la Corte il ricorso andava accolto in quanto, «tenuto conto della natura del misfatto di cui si trattava, era mancata una protezione concreta ed effettiva della minorenni»; Corte EDU 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁹ Corte giust. UE, 21 dicembre 2011, n. 507/10, in *Cass. pen.*, 2012, 3902.

¹⁰ Corte giust. UE, 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, con nota di CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*.

¹¹ CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1789, parla di *humanitarian law* per indicare la giurisprudenza sviluppata sulla scia dell'inequivoco rafforzamento «dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali» che emerge, tra l'altro, «dal testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, nonché dalla stretta rete di legami e rinvii che i diversi manifesti di politica processuale penale europea istituiscono tra la legislazione a tutela dell'imputato, la giurisprudenza di Strasburgo e la legislazione a tutela della vittima». In argomento, v. anche RAFARACI, *Vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni-Savy, Napoli, 2013, 73.

le finalizzate a tutelare unilateralmente la posizione dell'accusato.

2. *L'esecuzione penale tra interessi indisponibili e istanze della vittima.* Partendo dalle riflessioni intorno ai rapporti tra imputato e presunto offeso nella fase cognitiva¹², autorevole dottrina si è interrogata circa la «giustizia» del segmento del processo deputato all'esecuzione della pena, nel quale ad esempio nessuna norma riserva all'ormai accertata vittima del reato la possibilità di interloquire sull'opportunità di concedere la misura alternativa richiesta dall'autore del fatto che la riguarda¹³.

L'estromissione dell'offeso dal procedimento che presiede la trasformazione della sanzione applicata dal giudice della cognizione, in funzione del graduale reinserimento del condannato, è giustificata con la considerazione della rilevanza sociale del fine rieducativo a cui devono tendere le pene (art. 27 comma 2 Cost.); obiettivo incompatibile con gli interessi particolaristici delle parti ed, entro certi limiti, sottratto alla loro disponibilità.

Tuttavia il tema del ruolo dell'offeso nel cerimoniale della pena meriterebbe una rinnovata riflessione nella stagione del nuovo «umanesimo europeo»¹⁴ inaugurata negli ultimi anni, con l'obiettivo di delineare un «processo antropocentrico»¹⁵ in cui assicurare anche alla vittima adeguati livelli di assistenza e partecipazione prima, durante e dopo la conclusione del procedimento. Importanti passi in avanti sono stati compiuti nell'ambito del giudizio di cognizione che ora attende di essere completato con interventi coerenti nel segmento conclusivo del processo¹⁶.

¹² Sulla necessità di tener conto nell'interpretazione dell'art. 111 Cost. delle applicazioni della giurisprudenza costituzionale e comunitaria, onde evitare che formule ampie come quella di «giusto processo» si riducano a inutili e vuoti *sloogan*, v. TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 662 s.

¹³ Si tratta di DELLA CASA, *I rillessi del "nuovo" art. 111*, cit., 145.

¹⁴ Le parole sono di CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29*, cit., 1789 s.

¹⁵ CATALANO, *ibid.*, 1796.

¹⁶ Nel quadro normativo ridisegnato dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, attuativo della Direttiva 29/2012/UE del Parlamento e del Consiglio del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostitutiva della decisione quadro 2001/220/GAI, all'offeso è assicurato: il diritto di ricevere informazioni sui suoi diritti e facoltà nel corso del procedimento; il diritto di essere informato, su sua richiesta, dell'eventuale scarcerazione, della cessazione della misura di sicurezza detentiva o dell'evasione dell'autore del reato; il diritto al contraddittorio (in forma cartolare) in vista delle decisioni sulle istanze di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali disposte per delitti commessi con violenza alla persona; il diritto all'assistenza di un interprete e alla traduzione degli atti quando non conosce la lingua italiana; nonché, per effetto della recente legge Orlando (L. n. 103 del 2017) il diritto di ricevere informazioni sullo stato del procedimento penale avviato con denuncia o querela, di disporre di un termine più ampio per opporsi alla richiesta di archiviazione e di ottenere la nullità del relativo decreto nel caso di estromissione dal procedimento.

L'occasione, per quel che concerne la fase esecutiva, si è presentata con la recente delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario (L. 23 giugno 2017, n. 103).

Due prospettive avrebbero potuto essere proficuamente coltivate: la prima, sul piano del trattamento, si riferisce ad uno degli elementi su cui il legislatore ha puntato, con l'obiettivo di «qualificare» il percorso di recupero sociale del condannato, sia in ambito intramurario, sia nell'esecuzione delle misure alternative, rappresentato dalla previsione di attività di giustizia riparativa (art. 1 comma 85 lett. *f* L. n. 103 del 2017); la seconda, sul versante processuale, ha come punto di partenza le modifiche alle garanzie partecipative nel procedimento di sorveglianza (art. 1 comma 85 lett. *c e i* L. n. 103 del 2017).

Un intervento riformatore interno in questo ambito è quanto mai necessario, considerato che il diritto europeo, senza spingersi a rendere obbligatori certi meccanismi, impegna gli Stati membri a “facilitarne” il ricorso, come è accaduto per «i servizi di giustizia riparativa [...]»¹⁷, stabilendo procedure o orientamenti relativi alle condizioni» del «rinvio dei casi» ai servizi offerti (art. 12 § 2 direttiva 2012/29/UE)¹⁸.

Per una ricognizione dei nuovi diritti processuali riconosciuti alla vittima, relativi all'informazione sul procedimento, alla sua partecipazione al procedimento, nonché alla sua protezione dal procedimento, v., tra i tanti, FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845 ss.

¹⁷ Cfr. Corte giust. UE, 15 settembre 2011, cit., secondo cui la scelta di ricorrere a forme di giustizia riparativa in luogo della classica giustizia repressiva per determinati reati rientra nella discrezionalità politica dei singoli Stati membri, su cui l'Unione europea non può incidere, né direttamente, imponendo agli Stati di rinunciare allo *ius puniendi*, espressione della loro sovranità, né indirettamente, consentendo all'offeso di chiedere al giudice di rinunciare alla pena: l'esercizio della potestà punitiva invero è preordinato alla tutela non solo degli interessi dell'offeso ma in generale della collettività, rispetto alla quale le istanze della vittima, animata da uno slancio di riconciliazione verso il reo, sono destinate a soccombere.

¹⁸ Sebbene l'art. 12 della direttiva 2012/29/UE non menzioni un vero e proprio “diritto di accesso” della vittima alla mediazione, essendo stato eliminato il riferimento al “diritto” contenuto nel testo originariamente proposto, in dottrina ci si interroga sul significato complessivo delle singole previsioni, a partire anzitutto dall'obbligo di informazione riguardo alle possibili opportunità di mediazione (art. 4), alla libera decisione di partecipare alle procedure, nonché al diritto di accesso a una mediazione affidabile e condotta professionalmente (art. 12). Il complesso di queste prerogative a favore della vittima non avrebbe alcuna utilità se non le fosse riconosciuto anche il diritto di accedervi: così KILCHLING-PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”?*, in *Cass. pen.*, 2015, 4190.

3. *La giustizia riparativa in executivis nelle proposte di riforma. La restorative justice* si propone come modello di giustizia penale alternativo, fondato sull'idea che il reato è un'offesa ad un altro individuo e non allo Stato o alla società¹⁹ e pertanto la risposta ad esso non consiste nella ineluttabile punizione del reo quanto nella riparazione dell'offesa provocata alla vittima²⁰.

Vittima e reo sono messi a confronto per giungere insieme ad una soluzione di riconciliazione, con la mediazione di un terzo che stimola l'impegno riparatorio del condannato, consistente in un *facere* positivo e costruttivo, creativo, non limitato a prestazioni economiche, anche a favore di terzi (singoli, gruppi o l'intera collettività).

L'adesione all'accordo postula più di ogni altra cosa il riconoscimento della vittima nel suo dolore; del resto, l'ammissione dell'azione che l'ha generato da parte del suo autore nella fase esecutiva non è più ostacolato dalla presunzione di non colpevolezza e dalle garanzie annesse, *in primis* il diritto al silenzio, superati dalla irrevocabilità della condanna²¹. È invece il pentimento per le sofferenze cagionate alla vittima a produrre un effetto terapeutico sulle sue ferite, a restituirle dignità, ad alimentare la fiducia che quanto accaduto non si ripeterà più. Quest'ultima condizione è indispensabile affinché si produca un effetto di "riabilitazione sociale" anche del soggetto passivo del reato (oltre che del reo), liberato dalle paure, dalla solitudine, dalla mortificazione per il torto subito, da tutte le condizioni emotive che ne impediscono il ritorno ad una vita normale²².

La dimensione esistenziale della vittimizzazione trova terreno fertile per emergere in contesti dialogici confidenziali e riservati, intimi e perciò "decentrati" rispetto ai meccanismi istituzionali di ricomposizione del conflitto generato dal reato, qual è il processo²³. L'abbandono della dimensione ufficiale del

¹⁹ Storicamente la posizione della vittima privata è passata in secondo piano con l'affermarsi in pieno dell'autorità degli Stati, con la conseguenza che il delitto è apparso soprattutto come una offesa di natura pubblicistica e la pena è diventata una risposta statale a questa offesa. Al contrario, nel diritto germanico primitivo, ma anche nel diritto romano primitivo, il reato e il processo che ne seguiva erano visti come un conflitto quasi privato tra l'offensore e la vittima: così PAGLIARO, *Tutela della vittima*, cit., 41.

²⁰ La letteratura sulla "scienza" della giustizia riparativa è sterminata. Tra i molti, nel panorama nazionale, *La vittima nel "nuovo mondo" della mediazione penale. Profili di un'assenza*, a cura di Valentini-Trapella, Roma, 2019; *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi-Lodigiani, Bologna, 2015.

²¹ A tal proposito, VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 384 s., osserva come «lo scambio comunicativo tra le parti è favorito dalla ricostruzione storica che l'accertamento giudiziale ha cristallizzato. Tale circostanza giova al mediatore, che può far leva su solide basi di partenza per muovere alla ricerca di una soluzione del conflitto».

²² TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4053.

²³ È una «conca» lo «spazio-tempo» entro cui l'attività di mediazione si sviluppa: in essa il tempo scorre

rito però non comporta una riduzione della professionalità delle figure incaricate di avviare e gestire i programmi di giustizia riparativa, occorrendo, al contrario, una preparazione sia generale che specializzata, necessaria ad entrare in contatto con la vittima, a riconoscere i suoi bisogni e a valutare nel suo esclusivo interesse l'opportunità di fare ricorso ai servizi offerti²⁴.

L'istituto non è nuovo nell'ordinamento interno, sebbene non possa vantare una disciplina organica: le modalità applicative cambiano in base al momento in cui il paradigma riparatorio è chiamato ad operare, ossia a seconda che la giustizia riparativa sia utilizzata quale ipotesi di *diversion* - che dunque precede o scorre in parallelo alla vicenda penale - o, viceversa, quale modalità di *probation* utilizzabile allorquando si è ormai pervenuti alla fase dell'esecuzione²⁵.

Per questo motivo, lo schema di decreto legislativo (AG 29) presentato dal Governo alle Commissioni giustizia di Camera e Senato in occasione dei lavori dell'ultima riforma penitenziaria contiene una disciplina di settore, sul presupposto che ai programmi di giustizia riparativa si possa ricorrere in ogni stato e grado del procedimento²⁶.

Ciò non toglie che l'implementazione del modello *in executivis* deve tener conto di specifiche esigenze, *in primis* evitare che l'avvio di percorsi di giustizia riparativa sia previsto dalla legge come condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, scongiurando il rischio che il condannato vi si induca per ragioni di convenienza piuttosto che per aver compreso le conseguenze delle proprie

diversamente che nel sistema giudiziario, trattandosi di «tempo della premura», ma non nell'accezione di «tempo della rapidità», bensì di «tempo della cura dell'altro, della compassione»; un tempo che, pur non trascurando l'esigenza di una ragionevole durata, non è calcolabile senza tener conto degli stati d'animo e dei bisogni delle parti che in quella conca si incontrano e si riconoscono: per queste suggestive espressioni e riflessioni circa i «tempi» della mediazione penale, si rinvia alla lettura di DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 377 ss.

²⁴ A tal proposito, SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (parte II)*, in *Cass. pen.*, 2017, 1248, propone di prevedere percorsi di formazione specifica in materia di giustizia riparativa e di mediazione penale, nonché l'inserimento degli operatori che si occuperanno di tali paradigmi in un albo apposito.

²⁵ Agli ambiti tradizionali della giustizia minorile, della giurisdizione onoraria e della fase esecutiva che per primi hanno ospitato attività di giustizia riparativa, si sono aggiunte di recente le previsioni in materia nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova a carico degli adulti (*ex lege* n. 67 del 2014), quelle concernenti la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (*ex d.lgs.* n. 28 del 2015), e la causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie (*ex lege* n. 103 del 2017). Per una panoramica sui contesti di riferimento e soprattutto sulle diverse ragioni che rendono quei contesti idonei ad ospitare parentesi di attività mediative, si rinvia a KILCHLING - PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice*, cit., 4193 s.

²⁶ Cfr. Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima, in www.processopenaleegustizia.it.

azioni verso l'offeso o la comunità, ovvero, al contrario, il pericolo che il rifiuto della vittima sia strumentalizzato²⁷.

Da un altro punto di vista, la fase esecutiva non è immune dal rischio che le "pratiche" di giustizia riparativa siano asservite ad obiettivi di decarcerizzazione, che connotano, insieme a più ampie finalità deflattive, le recenti riforme in materia concernenti la fase cognitiva²⁸.

In modo condivisibile dunque il criterio della legge delega ancora la giustizia riparativa all'esecuzione delle misure alternative, superando l'equivoco della loro concessione in un'ottica di premio²⁹ o per finalità di deflazione carceraria, mentre lo schema di decreto legislativo prevede la possibilità, con il consenso del condannato, di proseguire i programmi di giustizia riparativa anche dopo la scarcerazione o al termine della misura alternativa.

In un'ottica di massima espansione dell'istituto nell'arco dell'intero procedimento, lo schema di decreto prevede che tutti i condannati ed internati siano ammessi a percorsi di giustizia riparativa, senza sbarramenti soggettivi o preclusioni oggettive connesse al titolo di reato, rilevando solo le modalità della condotta, la natura dell'offesa, le condizioni soggettive della vittima e tutte le circostanze che rendono concreto il rischio di una seconda vittimizzazione³⁰.

In tal modo l'accesso a questi inediti strumenti di giustizia è assicurato anche rispetto a reati esclusi nella fase antecedente: il limite di pena di quattro anni di reclusione che, ad esempio, non consente il ricorso a pratiche di mediazione in relazione ai delitti ammessi alla sospensione del processo con messa alla prova non è ostativo in fase esecutiva, ove, scemata la tensione verso istanze deflattive, sopravvive soltanto la preoccupazione che i programmi di giustizia riparativa siano utilizzati solo se sono nell'interesse della vittima, in

²⁷ Cfr. Relazione allo schema di decreto, cit., 8.

²⁸ Per alcuni rilievi critici in questo senso, con riferimento alla sospensione del processo con messa alla prova nei confronti degli adulti, alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e alla causa estintiva del reato per effetto di condotte riparatorie, si rinvia a MUZZICA, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in www.laegislazionepenale.eu, 22 novembre 2019; CASCINI, *Il nuovo art. 162ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. pen.*, 2, 2017, 13 luglio 2017; CARCANO, *Giustizia riparativa con uno sguardo alla nuova disciplina delle «condotte riparatorie»*, in *Cass. pen.*, 2018, 4038 ss.; PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162ter c.p.: deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1274 s.

²⁹ VICOLI, *Attività riparative*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di Giostra, Roma, 2015, 221.

³⁰ La proposta è in linea con la direttiva 2012/29/UE che al considerando n. 46 recita che «nell'affidare un caso ai servizi di giustizia riparativa e nello svolgere un processo di questo genere, è opportuno tenere conto di fattori come la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima, che potrebbero limitarne o ridurne la facoltà di prendere decisioni consapevoli o che potrebbero pregiudicare l'esito positivo del procedimento seguito».

base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se basati su un consenso libero, informato e revocabile in qualsiasi momento.

Lo schema di decreto legislativo contiene un elenco non tassativo dei procedimenti di giustizia riparativa, riferito ai modelli maggiormente utilizzati nella prassi (mediazione vittima-autore del reato, mediazione con vittima surrogata, dialogo esteso ai gruppi parentali e consigli commisurativi), in modo da assicurare anche all'offeso un trattamento individualizzato che tenga conto di specifiche esigenze e della natura dell'offesa. I percorsi possono concludersi con un accordo di riparazione dal contenuto simbolico, comprensivo di scuse formali, o concernente attività socialmente utili.

Anche sotto questo profilo l'impostazione prescelta per la fase che si colloca a valle del procedimento è speculare rispetto alle vicende riparatorie dei segmenti precedenti: lo sbocco in condotte riparatorie formali o in attività a favore di terzi appare fisiologico, ad esempio, nei casi in cui l'offeso che lamenta anche un danno da reato non ha formalizzato richieste risarcitorie nel corso del processo.

Gli sforzi compiuti nella direzione di un progressivo coinvolgimento della vittima nella fase esecutiva e di una contestuale responsabilizzazione del condannato si sono infranti al momento dell'approvazione del decreto, in quanto lo schema trasmesso alle due Camere parlamentari non ha ricevuto parere favorevole e la riforma per questa parte si è arenata.

Un parziale recupero dell'importante eredità culturale lasciata dall'ampia riflessione sul tema della *restorative justice* può cogliersi nel nuovo art. 20-ter ord. penit., introdotto dal d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, in base al quale condannati ed internati possono partecipare, su richiesta, a progetti di pubblica utilità sia all'interno che all'esterno del carcere, fatta eccezione nel secondo caso per i condannati per il delitto associativo di stampo mafioso *ex art. 416-bis c.p.* o per delitti di contesto mafioso.

Tra le attività consentite, comprensive di servizi a favore di enti e istituzioni pubbliche e private impegnati nell'assistenza di soggetti vulnerabili, non sono previste attività di lavoro a sostegno delle vittime e delle loro famiglie.

Nel progetto iniziale l'esclusione aveva una spiegazione: la Commissione ministeriale incaricata di dare attuazione alla riforma aveva proposto di prevedere una premialità, rappresentata da un più consistente sconto di pena a titolo di liberazione anticipata, a favore di chi assumendo questo impegno dava prova di partecipazione all'opera di rieducazione. È superfluo osservare che l'aspetto premiale stride con il particolare significato che il lavoro *per* la vittima riveste nel trattamento rieducativo.

Nella versione definitiva però la norma non contempla alcun premio, e pertanto si ha la sensazione di aver sprecato un'importante occasione per ottemperare agli obblighi comunitari a favore della vittima.

Allo stato non resta che puntare sui progetti di pubblica utilità, destinando i proventi di eventuali lavorazioni a favore di fondi di solidarietà per finanziare iniziative a sostegno delle vittime dei reati, come d'altronde già ipotizzato dalla Commissione ministeriale proponente.

Con la mancata riforma è sfumata anche la possibilità di offrire una base giuridica organica ai pregevoli sforzi di alcuni Tribunali di sorveglianza di sfruttare, in chiave autenticamente riparatoria, gli scarni strumenti attualmente offerti dall'ordinamento penitenziario³¹: si allude in particolare all'obbligo di «adoperarsi (...) in favore della vittima», imposto al condannato ammesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali³², anche in relazione a reati di elevata gravità (il limite dei quattro anni di reclusione per l'accesso alla misura è riferito non soltanto alla pena irrogata nella sentenza di condanna, ma anche al residuo di una sanzione superiore, ancora da espiare), nonché all'impegno del condannato ad una revisione critica del fatto criminoso, rilevante ai fini della concessione della semilibertà, alla quale i percorsi di giustizia riparativa possono offrire un importante contributo, estendendo la riflessione ai pregiudizi per la vittima³³.

Attualmente la possibilità di riempire gli “spazi” normativi offerti con considerazioni che attengono non solo ai bisogni di rieducazione/reintegrazione del reo, ma anche alle istanze riparatorie della vittima dipende precipuamente dalla inclinazione dei singoli (magistrati³⁴, avvocati, operatori penitenziari) a ravvisare nella giustizia riparativa una *chance* in più da sottoporre alla valutazione dei protagonisti del conflitto per venirne a capo.

4. *La partecipazione al procedimento di sorveglianza.* Nelle materie di sua competenza il Tribunale di sorveglianza provvede con le forme del procedimento camerale *ex art. 678 comma 1 c.p.p.*, disciplinato mediante un rinvio

³¹ Per una ricognizione delle norme atte a veicolare programmi e strumenti di giustizia riparativa in fase esecutiva, v. MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione*, in *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2016, 1532 s.

³² Su cui *infra*, § 4.

³³ Cfr. Trib. sorv. Venezia, ord. 7 gennaio 2012, O. M., in *Dir. pen. proc.*, 2012, 833, con nota di MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*.

³⁴ MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa*, cit., 1532, fa discendere l'impegno dei giudici di promuovere i programmi di giustizia riparativa negli spazi consentiti dell'esecuzione penale direttamente dall'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto comunitario.

di carattere generale al procedimento di esecuzione in senso stretto *ex art.* 666 c.p.p.

Lo schema si discosta dal modello camerale (art. 127 c.p.p.) in quanto prevede la presenza necessaria dell'accusa e della difesa, onde assicurare un «contraddittorio effettivo e non meramente eventuale», adeguato alla «natura e importanza delle questioni trattate»³⁵.

Sul fronte della partecipazione delle parti private, invece, i compilatori del codice sono stati meno «sensibili» alle sollecitazioni della legge delega di assicurare «garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione» (direttiva n. 96 contenuta nella L. 16 febbraio 1987, n. 81): la partecipazione personale all'udienza di trattazione è prevista solo per il condannato libero o per quello detenuto nella circoscrizione del giudice precedente; il condannato ristretto fuori sede invece è ascoltato prima del giorno dell'udienza dal Magistrato di sorveglianza del luogo di restrizione, salvo che il giudice disponga la traduzione.

Le patenti violazioni del diritto di difesa e l'irragionevole disparità di trattamento tra condannati, in ragione del *locus custodiae*, hanno suggerito di prevedere nella legge delega per la riforma penitenziaria, da un lato, la garanzia del diritto alla presenza dell'interessato nel procedimento di sorveglianza (art. 1 comma 85 lett. c L. n. 103 del 2017); dall'altro lato, l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi a fini processuali, con modalità che garantiscono il rispetto del diritto di difesa (art. 1 comma 85 lett. i L. n. 103 del 2017).

Nel solco della lenta ma progressiva marcia del procedimento di sorveglianza verso *standard* di equità processuale si inserisce altresì la previsione della garanzia della pubblicità dell'udienza (art. 1 comma 85 lett. c L. n. 103 del 2017).

Pertanto, nell'attuale quadro normativo anche il detenuto e l'internato ristretto fuori dalla circoscrizione del giudice precedente può partecipare all'udienza attraverso un collegamento audiovisivo, con modalità che garantiscono il rispetto del diritto di difesa (art. 678 comma 3.2 c.p.p.); inoltre l'interessato può chiedere che l'udienza si svolga pubblicamente³⁶.

³⁵ Cfr. Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, serie generale, supplemento ordinario, n. 2, 147.

³⁶ Per un commento ai ritocchi al procedimento di sorveglianza, v., tra gli altri, BUZZELLI, *L'utilizzo dei collegamenti audiovisivi*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario"*, a cura di Bronzo-Siracusano-Vicoli, Torino, 2019, 269 ss; PANSINI, *Varianti nell'esecuzione delle pene detentive e metamorfosi del procedimento di sorveglianza*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, Torino, 2020, 485 ss.; PULVIRENTI, *Commento all'art. 678 c.p.p.*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di Fiorentin-Siracusano, Milano,

Nulla invece è stato modificato a favore della persona offesa tuttora esclusa dalla partecipazione all'udienza: salvo che sia citata come testimone, la vittima può assistervi solo in quanto, su richiesta dell'interessato, il Tribunale proceda a porte aperte.

L'assenza dell'offeso nel rito di sorveglianza riflette la concezione tradizionale della giustizia affidata all'autorità dello Stato, «espressione di un dialogo a due voci, tra quest'ultimo e il condannato, senza intervento né della vittima né della società»³⁷.

Il suo isolamento incrementa il rischio di strumentalizzazione del dolore per l'offesa arrecata dal reato, e quello «conseguente del suo arruolamento nelle "armate della paura"»³⁸; l'esclusione dal procedimento amplifica la condizione di soggezione rispetto all'autore del fatto in quanto è negato all'offeso l'accesso ad un giudice imparziale in condizione di parità con il suo contraddittore (naturale).

Contro il pericolo di marginalizzazione della vittima, la partecipazione all'udienza di trattazione, declinata in forma facoltativa, può rappresentare un valido rimedio, senza che il suo diritto di accesso alla giustizia costituisca un ostacolo ad un percorso di reintegrazione del condannato meritevole. Sotto questo profilo, è fondamentale evitare sia che l'offeso sia "percepito" come elemento perturbatore dei diritti fondamentali del condannato, sia che realmente filtrino sentimenti di vendetta della vittima³⁹.

L'eventuale presa d'atto della impraticabilità di percorsi di riconciliazione per indisponibilità della vittima, manifestata anche mediante comportamenti concludenti (l'assenza all'udienza) che hanno il pregio di neutralizzare qualunque rischio di vittimizzazione, costituirebbe la premessa per il Tribunale per acquisire la disponibilità del condannato ad impegnarsi in forme di riparazione indiretta, a vantaggio della collettività.

2019, 1183 ss.; RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 novembre 2018.

³⁷ Così FLIK, *Il carcere 1948-2019: dalla rivoluzione promessa alla involuzione realizzata*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario"*, a cura di Bronzo-Siracusano-Vicoli, Torino, 2019, 319.

³⁸ FLIK, *ibid.*, 320.

³⁹ L'ingiustificabilità della vendetta privata spiega anche storicamente «l'esclusione di un ruolo di parte ufficiale della vittima nel procedimento, nella condanna e nell'esecuzione della pena: la risposta penale va insomma "de-emozionizzata" e razionalizzata, scissa dalle aspettative di vendetta della vittima, che possono [...] incidere in senso "brutalizzante" nei riguardi della comunità che decidesse di assumerle a fondamento delle proprie scelte e decisioni»: così CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1762 s., a cui si rinvia anche per gli ampi richiami bibliografici sui temi trattati.

In questo modo, alla vittima è assicurata priorità nell'accesso agli strumenti riparatori; d'altronde, già durante i lavori per la riforma si era avvertita l'esigenza di integrare la delega non solo con il richiamo alla giustizia riparativa, bensì anche con quello alla vittima quale beneficiario dei relativi istituti⁴⁰.

Al contempo, però, si evita di lasciare all'offeso la decisione sul tipo di risposta da riservare al reato⁴¹.

Pur con la dovuta attenzione ai bisogni concreti della vittima, la *restorative justice* punta a valorizzare l'impegno riparatorio del reo per il significato che assume sul piano delle prevenzioni: l'adesione alle regole della convivenza civile è tanto più stabile e duratura quanto più è il frutto di una scelta libera e volontaria del condannato che, dopo un percorso di meditazione sul disvalore della condotta anteatta, assume spontaneamente l'impegno di ripararne gli effetti⁴².

Intrecciare le prospettive della *restorative justice* con la previsione di una partecipazione (facoltativa) dell'offeso all'udienza di trattazione presenta il vantaggio di ripianare l'asimmetria informativa rispetto al condannato, il quale ha la possibilità di riflettere sulle condotte lesive a danno dell'offeso e sulle possibili azioni di riparazione, manifestando la volontà di aderire ai programmi di giustizia riparativa, in occasione dell'osservazione della personalità e della definizione del trattamento (art. 13 ord. penit., art. 27 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

L'udienza camerale diventa il luogo deputato ad accogliere l'avvio di un percorso di riconciliazione penitenziaria, prevenendo quelle prassi che hanno finito con il far gravare sul reo o sul suo difensore l'iniziativa a ricercare un primo contatto con la vittima, con il rischio che un improprio "avvicinamen-

⁴⁰ V., in particolare, le proposte di modifica alla formulazione del criterio direttivo avanzate da VICOLI, *Attività riparative*, cit., 220 s., secondo cui il riferimento alla vittima, oltre ad essere in linea con le fonti sovranazionali che impongono una nozione ampia di giustizia riparativa, ha il «pregio di vincolare il ricorso alla *restorative justice* e ai relativi congegni a quei reati che si caratterizzano per la dimensione individualistica dell'offesa insita nel reato».

⁴¹ D'altronde - lo si è visto - la persona offesa non vanta, in base alle fonti europee, un diritto ad incidere sulla determinazione della pena da irrogare al condannato (Corte giust. UE, 15 settembre 2011, cit.); così BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 504.

⁴² Sulle motivazioni generalpreventive della giustizia riparativa, si rinvia alla lettura di EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 528 s. Sui benefici dei programmi di giustizia riparativa in termini di contenimento della recidiva, si veda l'analisi di MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa*, cit., 1534-1535, da cui emerge che i migliori risultati si registrano inaspettatamente nei reati violenti contro la persona e in corrispondenza di programmi di giustizia riparativa basati su incontri faccia a faccia tra autore e vittima di reato.

to” sortisca l’effetto di una seconda vittimizzazione⁴³.

Al giudice spetta un compito meramente informativo, in quanto i contenuti e lo svolgimento delle attività conseguenti all’adesione delle parti al programma sono demandate al contesto “confidenziale” innanzi a figure professionali di mediatori, tenuti all’obbligo del segreto su quanto accaduto e dichiarato durante le attività svolte. L’avvio del procedimento deve avvenire esclusivamente su richiesta degli interessati, non essendo consentite in quest’ambito le classiche iniziative d’ufficio del Tribunale di sorveglianza⁴⁴.

L’offeso, ritualmente informato, può concorrere a definire i termini dell’accordo riparatorio: attualmente la natura obbligatoria delle prescrizioni contenute nel verbale⁴⁵ stilato per il condannato ammesso alla misura dell’affidamento in prova ai servizi sociali non offre alcuna garanzia di corrispondenza di quei precetti ai reali bisogni della vittima, non di rado ancorati a prestazioni di tipo economico⁴⁶.

Del resto, che il profilo del ristoro assurgendo ad elemento del trattamento abbia finora connotato la pena in funzione riabilitante dell’autore del risarcimento (più che in funzione riparatoria della parte risarcita) emerge dalla collocazione stessa della prescrizione in seno all’ordinamento penitenziario⁴⁷. Eliminando le conseguenze negative della sua condotta, il reo manifesta la volontà di reinserirsi pienamente nella società.

⁴³ Sul tema, v. le considerazioni di CIAVOLA, *Attività riparative*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di Giostra 2015, 197 s.

⁴⁴ Cfr. il parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima, 3.

Sulle iniziative del Tribunale di sorveglianza, sia in fase di avvio del procedimento, sia nell’ambito dell’attività istruttoria, v., tra i tanti, DELLA CASA-VICOLI, *Magistratura di sorveglianza ed esecuzione penitenziaria: profili processuali*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di Della Casa-Giostra, Torino, 2020, 259, 270 s.; DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Milano, 2013, 284 s., 300 s.; GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2000; GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012; KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 553; LA ROCCA, *La prova nel procedimento di sorveglianza e di esecuzione*, in *La prova penale*, vol II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l’accertamento giudiziale*, diretto da Gaito, Torino, 2008, 819 ss.

⁴⁵ Art. 47 ord. penit.: «Nel verbale deve anche stabilirsi che l’affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare».

⁴⁶ Secondo SCOMPARIN, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *Leg. pen.*, 2004, 409 l’appiattimento delle prescrizioni ex art. 47 ord. penit. su prestazioni meramente risarcitorie ne snatura il riferimento autenticamente riparatorio alla vittima.

⁴⁷ FIORENTIN, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell’esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Leg. pen.*, 2004, 394 s.

Tale impostazione ha obnubilato nella giurisprudenza di merito⁴⁸ i bisogni della vittima⁴⁹ e, d'altra parte, ha favorito una certa strumentalizzazione del paradigma riparatorio a fini punitivi: le prescrizioni imposte al condannato, lungi dall'essere generate da uno spontaneo percorso di riconciliazione tra i protagonisti del conflitto, rispondono al solo obiettivo di inasprire certe forme extracarcerarie di esecuzione della pena ritenute "incongrue" nei confronti di condannati non bisognosi di essere rieducati⁵⁰, quantomeno non nell'accezione "convenzionale" del termine rieducazione (penitenziaria).

Si tratta in particolare dei cc.dd. "colletti bianchi" (autori di reati contro la pubblica amministrazione) distanti dalla stretta cerchia dei destinatari della misura dell'affidamento in prova, originariamente pensata per coloro che hanno commesso il reato «trovandosi in una situazione di emarginazione sociale riconducibile al prevalere di fattori ambientali sfavorevoli che hanno giocato un ruolo negativo sul processo di adattamento»⁵¹.

Al contrario, essi vantano «intelligenza, cultura, capacità lavorativa e un elevato *status* sociale ed economico», pertanto sono inseriti positivamente nella vita sociale quanto in quella lavorativa, in cui non di rado svolgono ruoli di un certo rilievo (politico, giudiziario, amministrativo, professionale), e che spesso utilizzano strumentalmente per programmare ed eseguire freddamente e lucidamente l'illecito⁵².

Nei loro confronti la rieducazione va intesa come «cessazione della pericolo-

⁴⁸ *Ex plurimis*, Trib. sorv. Milano, ord. 4 marzo 1998, Schemmari, in *Foro it.*, 1998, parte II, col. 431; Trib. sorv. Milano, ord. 23 luglio 1997, Cusani, in *Foro it.*, 1998, parte II, col. 0; Trib. sorv. Milano, ord. 23 luglio 1997, Gorrini, in *Foro it.*, 1998, parte II, col. 0; Trib. sorv. Milano, ord. 29 maggio 1997, Tassan Din, in *Foro it.*, 1998, parte II, col. 0; Trib. sorv. Milano, ord. 3 aprile 1997, Pillitteri, in *Foro it.*, 1998, parte II, col. 0; Trib. sorv. Milano, ord. 20 febbraio 1997, Gorrini, in *Foro it.*, 1998, II, 31, con nota di LA GRECA, «Colletti bianchi» e benefici penitenziari. Per una rassegna della giurisprudenza sulla rilevanza dei profili risarcitori nella *probation* penitenziaria, v., anche, MASTROPASQUA, *I percorsi di giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in *Giur. merito*, 2007, 881 s.

⁴⁹ In verità, ai Tribunali di sorveglianza si è prospettata una serie di questioni da risolvere: premesso l'obbligo risarcitorio in capo al condannato ammesso all'affidamento in prova, ci si è interrogati sulla conciliabilità dell'adempimento con il diritto della vittima di rifiutare qualunque contatto con il reo; circa il potere del giudice di subordinare la concessione della misura ad una concreta proposta restitutiva e la possibilità di articolare le prescrizioni riparatorie - a fronte della tassatività e riserva di legge in materia - in base alle condizioni economiche del reo e al grado di "rieducabilità" di alcune categorie di condannati perfettamente integrati.

⁵⁰ DELLA CASA, *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 co. 7 o.p.*, in *Leg. pen.*, 2004, 381 evidenzia piuttosto «l'incongruenza esistente tra il vizio rilevato (assenza di contenuti risocializzanti) e il rimedio escogitato: [...] il rafforzamento dei contenuti dell'affidamento passa non già attraverso l'imposizione di "treatment conditions", bensì attraverso "punitive conditions"».

⁵¹ Trib. sorv. Milano, ord. 4 marzo 1998, cit.

⁵² Così Trib. sorv. Milano, ord. 4 marzo 1998, cit.

sità motivata da una maturazione personale del soggetto, il quale, ripudiata la distorta gerarchia di valori tenuta presente al momento del delitto, accetti il sistema di valori tutelati dall'ordinamento sociale»⁵³.

Lungo questa china, alcuni Tribunali di sorveglianza⁵⁴ hanno ritenuto che le condotte riparatorie “congrue” alla loro “rieducazione” ben possono avere quale beneficiario, al di là della vittima, la collettività, e possono consistere nello svolgimento di lavori di pubblica utilità⁵⁵.

Si tratta tuttavia di prassi illegittime, sia per l'eterogeneità e il diverso significato e orientamento finalistico di simili prescrizioni, sia perché esse avrebbero un contenuto restrittivo e affittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova⁵⁶.

L'approccio conciliativo alle condotte di ristoro nell'ambito della *probation* penitenziaria è sopraffatto da quello compensativo-retributivo della pena (espiata in forma alternativa) anche nell'apprezzamento del profilo risarcitorio della vittima in vista della decisione sulla concedibilità della misura richiesta.

Sopravvive tuttora il controverso orientamento della giurisprudenza che stigmatizza l'indisponibilità del condannato a risarcire la vittima del reato prima della concessione della misura: sebbene l'adempimento non sia previsto tra le condizioni-presupposto per l'accoglimento della richiesta - rientrando piuttosto fra le possibili prescrizioni applicabili al soggetto al quale la misura è concessa -, tuttavia il rifiuto del condannato ad adoperarsi in favore della vittima del suo reato prima della concessione del beneficio, senza giustificato motivo, è liberamente apprezzabile dal Tribunale quale sintomo di un carente ravvedimento - e pertanto rileva sul piano dell'emenda del reo -, e ben può fondare un legittimo diniego della misura richiesta⁵⁷.

Per arginare la deriva del paradigma riparatorio verso logiche incentrate sulla punizione del reo, durante i lavori preparatori della riforma è stato proposto di espungere dal verbale delle prescrizioni di cui all'art. 47, comma 7, ord. penit. il riferimento all'impegno ad adoperarsi in favore della vittima del reato, lasciando solo il richiamo agli obblighi di assistenza familiare, nonché di

⁵³ Cass., sez. I, 13 marzo 1978, Marzollo, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce *Ordinamento penitenziario*, nn. 63-66, 161, 162.

⁵⁴ Trib. sorv. Roma, ord. 25 settembre 1992, Longo, in *Giur. it.*, 1993, II, 644.

⁵⁵ VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva*, cit., 385.

⁵⁶ Cass., sez. I, 23 novembre 2001, Contin, in *Giust. pen.*, 2002, II, 513.

⁵⁷ Cass., sez. I, 25 settembre 2007, Arnesano, in *Cass. pen.*, 2009, 1199, con nota di FIORENTIN, *Uscito dalla porta, rientra dalla finestra l'obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale?*; Cass., sez. I, 9 luglio 2001, Iegiani, in *C.e.d.*, n. 219606; Cass., sez. I, 17 giugno 1998, Castellano, in *C.e.d.*, n. 211154; *contra* Cass., sez. I, 8 marzo 2001, Gammaitoni, in *C.e.d.*, n. 218405; Cass., sez. I, 19 maggio 2009, Avanzi, in *C.e.d.*, n. 244070.

prevedere un accesso su base volontaria ai programmi di giustizia riparativa, previa adeguata informazione all'offeso⁵⁸.

In fondo, ciò che ha impedito finora una credibile implementazione della giustizia riparativa nelle maglie della *probation* penitenziaria è l'irriducibile antinomia genetica tra i due sistemi: mentre alla pena «fa eco una logica che rimane ancorata alla persona del condannato, la giustizia riparativa, invece, guarda ai “bisogni” della vittima»⁵⁹.

È possibile che le parti si accordino per azioni di riparazione simbolica, come le formali scuse rivolte all'offeso: condotte di questa natura sortiscono, al tempo stesso, un effetto responsabilizzante per il condannato e riparatorio per l'offeso soprattutto se poste in essere in un contesto ritualizzato come l'udienza, rappresentata come una «cerimonia» nella quale «i giudici [...] finiscono per recitare il ruolo di autorevoli notai del proposito (del condannato) di iniziare un nuovo percorso esistenziale»⁶⁰.

Non va trascurato neppure l'effetto sortito dalle scuse rivolte pubblicamente a tutti i cittadini, e non solo alle parti presenti in udienza, in relazione a reati di particolare gravità, a danno sia di persone fisiche, sia dell'intera società: la natura riparatoria di condotte di questo tipo, ad esempio, ha consentito al Tribunale di sorveglianza di Venezia⁶¹ di concedere la semilibertà ad un condannato all'ergastolo per omicidio e altri gravi reati, commessi nel contesto di fatti di rilevante valenza criminale, controbilanciando le preoccupazioni espresse dal rappresentante dell'accusa in udienza circa l'intempestività e l'inopportunità del beneficio richiesto e fondate sull'assunto che la società civile non sarebbe ancora pronta ad «accettare la concessione di una misura alternativa a favore di un condannato per reati che hanno destato rilevante allarme sociale».

Al di là delle vicende riparatorie, appare arbitraria la scelta di escludere l'offeso da un procedimento che consente di sostituire *ab origine* una pena inflitta all'esito di una fase (quella cognitiva) alla quale invece egli ha partecipato con pieni diritti di intervento e poteri di impulso⁶².

⁵⁸ Cfr. CERRETTI-MANNOZZI, *Modifiche all'art. 47 ord. penit.*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di Giostra-Bronzo, Roma, 2017, 197-198.

⁵⁹ Così VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva*, cit., 387; FIORENTIN, *Riparazione e mediazione*, cit., 390.

⁶⁰ Così DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 2936.

⁶¹ Trib. sorv. Venezia, ord. 7 gennaio 2012, cit.

⁶² Persino quando la pena diventa un “affare negoziabile” tra accusa e difesa, la giurisprudenza si è spinta ad ammettere che «pur non essendo (ad oggi) previsto che l'avviso di fissazione dell'udienza camerale per la decisione sul patteggiamento sia notificato agli offesi, se questi manifestano la volontà di parteci-

La sua assenza concorre ad ispessire quella coltre di segretezza, tipica dell'udienza camerale, che rischia di indebolire il già fragile consenso intorno alle decisioni della Magistratura di sorveglianza, chiamata a risolvere spinose questioni che rimandano in ultima analisi al difficile bilanciamento tra libertà e sicurezza.

In quest'ottica, sarebbe utile per l'offeso presente all'udienza verificare personalmente i progressi nel trattamento compiuti dal condannato, comprendendo meglio i meccanismi e le dinamiche alla base di decisioni favorevoli alla concessione di una misura alternativa⁶³; dal canto suo, il condannato che percepisce direttamente le esternazioni dell'offeso in "carne ed ossa" e gli eventuali ammonimenti del giudice potrebbe accettare con maggiore adesione un'eventuale decisione di segno negativo.

Non è detto infine che nel passaggio da una fase all'altra le istanze di sicurezza della vittima vengano meno o la sua attenzione per le vicende *de libertate* del reo vada a scemare.

Nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, ad esempio, è noto che l'offeso ha diritto di essere avvisato in caso di scarcerazione del soggetto e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, dell'eventuale evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare e del condannato o della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva. La comunicazione è subordinata ad una espressa istanza dell'interessato che verosimilmente ne fa richiesta quando si sente minacciato; in mancanza di esplicita richiesta, è salvaguardato il suo diritto a non partecipare al procedimento e il diritto all'oblio. Dunque l'informazione prevista è funzionale a "proteggere" la vittima⁶⁴.

Pertanto sarebbe coerente assicurare lo stesso trattamento anche quando l'attenuazione dello stato detentivo è riconducibile alla concessione di una misura alternativa o di un beneficio penitenziario: l'esigenza di protezione della vittima in fondo è la stessa.

pare a tale udienza non possono esserne esclusi; una volta ammessi a partecipare, gli stessi devono poter essere ascoltati, anche a mezzo del loro eventuale difensore»: cfr. G.i.p. Torino, ord. 28 gennaio 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2014.

⁶³ BREDA, *Riflessioni critiche sull'uso improprio delle misure alternative*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1408, osserva che la possibilità di fare meglio accettare il sistema delle misure alternative passa dalla necessità che esso risulti più coordinato con il sentire dell'uomo comune: un modo di sentire che, «se può diventare spietato in una condizione di ignoranza e di timore del raggio, può altrettanto facilmente risultare aperto e generoso quando sia chiaramente riconoscibile il buon senso che sta dietro soluzioni oneste ed equilibrate».

⁶⁴ In argomento, SPAGNOLO, *Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3486.

5. *Considerazioni conclusive.* Nel timido ma costante incedere della persona offesa lungo il cammino di emancipazione dall'isolamento in cui è stata sospinta per decenni, non sfugge come una tappa importante sia stata rappresentata dai lavori preparatori dell'ultima riforma penitenziaria, in quanto per la prima volta si è riflettuto in modo ufficiale su come valorizzare gli strumenti di tutela delle vittime di reato anche nella fase esecutiva della pena⁶⁵.

Rispetto alle sperimentazioni del paradigma riparatorio-conciliativo nei sistemi della giustizia penale minorile, della giurisdizione onoraria e di quella ordinaria a carico di adulti, ogni proposta avanzata in ambito esecutivo si è legata a doppio filo con il *leitmotiv* dell'intera riforma, rappresentato dalla necessità di incrementare «l'effettività della funzione rieducativa della pena».

In effetti, fin dalla formulazione della direttiva dedicata all'istituto è apparso chiaro che la giustizia riparativa avrebbe dovuto concorrere ad incrementare la carica rieducativa degli strumenti di risocializzazione del condannato, *in primis* le misure alternative, sul presupposto che i relativi programmi possono essere una risorsa sia per le vittime, sia per l'autore del fatto.

Pertanto, era inevitabile forse che, proprio a causa di questa connessione funzionale, l'approccio demolitorio che il legislatore delegato infine ha avuto rispetto agli snodi principali del progetto originario di riforma (*in primis* il rilancio delle misure alternative), travolgesse in modo disinvolto anche il microcosmo della giustizia riparativa. Con delle motivazioni però che lasciano una certa amarezza, non tanto perché sono pseudo-motivazioni, quanto perché continuano pervicacemente a sostenere che «l'offeso è appagato solo se sono garantite più efficaci forme di ristoro e/o di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'offesa subita»⁶⁶.

Si tratta di spiegazioni risibili rispetto alla complessità del dibattito scientifico internazionale sul tema della tutela della vittima, a cui hanno fatto eco i preziosi lavori dei Tavoli istituzionali avviati per raccogliere idee e proposte da sottoporre all'attenzione del legislatore e alla riflessione della collettività, in

⁶⁵ La riforma Orlando è stata preceduta da un'innovativa procedura di consultazione pubblica, gli Stati generali dell'esecuzione penale, attuata attraverso l'istituzione di 18 tavoli tematici, a ciascuno dei quali è stato affidato uno specifico profilo dell'esecuzione penale. Il tema della «giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime di reato» è stato sviluppato dall'omonimo Tavolo n. 13.

⁶⁶ Per una complessiva descrizione dei tagli incisivi alla riforma penitenziaria, e per uno specifico riferimento alle vicende parlamentari che hanno provocato il definitivo accantonamento dello schema di decreto sulla giustizia riparativa, v., tra i tanti, DI CHIARA, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, Torino, 2020, 1 s., spec. nota 39.

vista della riforma, con l'obiettivo di porre le basi scientifiche ed empiriche per nuovi modelli di giustizia ispirati ad un diritto penale mite. Ebbene, se rispetto al destinatario "istituzionale" è difficile dissimulare la consapevolezza che «l'occasione prossima per una ripresa del dialogo non sarà né semplice né vicina»⁶⁷, rispetto alla collettività invece è possibile coltivare un sentimento diverso dalla rassegnazione, avendo il dovere di mantenere vivo il dibattito su questi temi: è in fondo questo l'obiettivo delle riflessioni che precedono.

⁶⁷ GIOSTRA- GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Questione Giustizia*, 2018, 3, 132.