

TEMI D'ATTUALITÀ

RAFFAELE MUZZICA

Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi

L'articolo analizza la recente introduzione dell'art. 162-ter c.p. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103. L'autore si sofferma sull'inutilità della norma in ordine al soddisfacimento delle esigenze di deflazione sostanziale e processuale cui è ispirata, nonché sulla sua dannosità rispetto ai fini della Giustizia riparativa, equivocamente richiamati dal concetto di condotte riparatorie. Dopo aver delineato l'idealtipo della Giustizia riparativa, il lavoro si concentra sulle prospettive de jure condendo delle condotte riparatorie in funzione di un siffatto ideale, senza tralasciare la possibilità di introdurre anche nel processo ordinario la sospensione del processo finalizzata alla remissione accettata della querela.

The author analyzes the new art. 162ter c.p., enacted by statute n. 103, June 2017, 23rd. Such statutory exemption of punishment due to reparation proves to be both useless for diversion and detrimental to Restorative Justice. The paper encompasses Restorative Justice ideal and it focuses on future perspectives about restoration and suspending of trials for conciliation.

SOMMARIO: 1. Le origini dell'attuale art. 162-ter c.p.- 2. Le *rationes* dell'art. 162 ter c.p.: deflazione processuale e sostanziale - 3. Caratteri e finalità della Giustizia riparativa. - 4. Il *vulnus* insanabile dell'art. 162 ter c.p.: il (non) ruolo della persona offesa. - 5. Uno spazio per una rilettura del risarcimento del danno nell'alveo della Giustizia riparativa: il risarcimento ultracompensatorio. - 6. La valorizzazione della riparazione del danno criminale nell'alveo della Giustizia riparativa. - 7. Una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi: una proposta *de jure condendo*.

1. Le origini dell'attuale art. 162-ter c.p.

La cosiddetta riforma Orlando, tradotta in legge 23 giugno 2017, n. 103 ed entrata in vigore il 3 agosto¹, ha introdotto, tra le molteplici novità - invero, prevalentemente processuali² - una nuova causa di estinzione del reato³ all'art. 162 ter c.p., tra la disciplina dell'oblazione e quella della sospensione condizionale, per i reati procedibili a querela suscettibile di remissione.

La norma prevede l'estinzione del reato quando l'imputato abbia riparato

¹ Per un primo commento complessivo della riforma cfr., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Roma, 2017, *passim*.

² Su tali aspetti cfr. GIALUZ - CABIALE - DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2017.

³ L'inquadramento dogmatico non sembra suscitare dubbi: cfr. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.legislazionepenale.eu.

interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ove possibile. La declaratoria di estinzione appare un potere-dovere del giudice, come emerge dal dato testuale della norma, che utilizza la formula “il giudice dichiara” proprio ad indicare la perentorietà, una volta accertata l’idoneità della condotta riparatoria, della dichiarazione dell’estinzione del reato⁴.

Al fine di ampliare la portata del nuovo istituto, l’art. 162-ter c.p. prevede inoltre la facoltà per il giudice di concedere al reo un termine non superiore a sei mesi per adempiere al pagamento, anche in forma rateale, del solo risarcimento del danno⁵. In quest’ultimo caso, dopo aver accolto la richiesta, il giudice ordinerà la sospensione del processo - con conseguente sospensione della prescrizione - e fisserà una successiva udienza alla scadenza del termine stabilito per l’adempimento, imponendo specifiche prescrizioni.

L’estinzione del reato può essere riconosciuta anche in seguito ad un risarcimento offerto ai sensi dell’art. 1208 del codice civile dall’imputato e non accettato dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo. In tal modo, in caso di rifiuto dell’offerta di denaro da parte della persona offesa, l’autore del reato può comunque ottenere l’estinzione del reato, mettendo a disposizione la somma nelle modalità dell’offerta reale, così da consentire al giudice di valutare l’effettività, la serietà e, appunto, la congruità dell’offerta stessa⁶. Tale eventualità, destinata a verificarsi più frequentemente nella prassi quale alternativa alla rimessione accettata della querela, rappresenta, come si dirà, indubbiamente il profilo più problematico del nuovo istituto.

L’art. 162 ter c.p. rappresenta la concretizzazione di una delle proposte elaborate dalla Commissione Fiorella⁷, nel cui articolato era prevista

⁴ PALAZZO, *La Riforma penale alza il tiro?* Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2016, 52 ss.; GRANDI, *op. cit.*, 24.

⁵ La legge nulla prevede in relazione alle conseguenze dannose o pericolose del reato e alle restituzioni, come è già stato puntualmente segnalato da PALAZZO, *La Riforma penale alza il tiro?* cit., 54, e da GRANDI, *op. cit.*, 24.

⁶ Il riferimento all’offerta reale è stato effettuato dal legislatore in ragione dell’orientamento giurisprudenziale maturato con riguardo all’art. 62 n. 6 c.p.: cfr. Cass., Sez. I, 13 dicembre 1995, n. 2837, Musazza, in *Giust. pen.*, 1996, II, 719; Id., Sez. I, 28 aprile 2006, n. 18440, Friscia, in *Riv. pen.*, 2007, 211. In relazione all’estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie nel procedimento davanti al giudice di pace, del pari, l’offerta reale è stata riconosciuta come modalità estintiva operante in via surrogatoria rispetto al rifiuto della persona offesa. Cfr. Cass., Sez. V, 9 maggio 2008, n. 36448, P.m. in c. Ciccarelli, in *Guida dir.*, 2008, n. 44, 86.

⁷ Si tratta della Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 14 dicembre 2012 per

l'introduzione di una causa di estinzione in esito a condotte riparatorie per i delitti procedibili a querela ed, eccezionalmente, per la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.

D'altro canto, la formulazione dell'art. 162-ter c.p. riecheggia quella dell'art. 35, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che - come è noto - consente al giudice di pace di dichiarare l'estinzione dei reati di sua competenza in seguito a condotte riparatorie del reo. Con la novella in commento si è, quindi, riproposta quella "circolazione di modelli"⁸ provenienti da sotto-sistemi speciali verso il diritto penale generale, come è già accaduto con l'introduzione dell'art. 131 bis c.p., modellato sulla falsariga dell'art. 34, D.Lgs. n. 274 del 2000, e con l'art. 168-bis c.p., introdotto nel processo ordinario nel solco dell'istituto - affine ma non identico - della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni, disciplinato dall'art. 27 del DPR 448/88.

Nonostante ciò, la norma dell'art. 162-ter c.p. presenta delle particolarità che la distinguono dalle sue matrici. In primo luogo, a differenza della proposta elaborata dalla Commissione, l'art. 162-ter c.p. è stato approvato "in formato ridotto"⁹, senza la previsione dell'art. 649-bis c.p. proposto dalla Commissione, in base al quale l'art. 162-ter c.p. si sarebbe applicato a tutti i delitti contro il patrimonio procedibili d'ufficio previsti dal codice (ad eccezione degli "articoli 628, 629, 630, 644, 648 bis, 648-ter; nonché [di] ogni altro delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone"). Per altro verso, invece, l'attuale art. 162-ter c.p. ha un ambito applicativo più ampio di quello proposto dalla Commissione Fiorella, che nel suo articolato non contemplava l'ipotesi dell'estinzione del reato in seguito ad un'offerta reale di risarcimento non accettata dalla persona offesa eppure ritenuta congrua dal giudice.

D'altronde, a differenza del corrispondente istituto previsto dell'art. 35 co. 2 d. lgs. 274 del 2000 l'art. 168-ter c.p. non implica alcuna valutazione discrezionale dell'idoneità delle attività riparatorie rispetto a parametri estranei alla norma stessa, come invece fa l'art. 35 co. 2 cit., che prevede che la riparazione debba essere considerata idonea a soddisfare quelle esigenze di preven-

elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione, la cui relazione è disponibile online sul sito www.giustizia.it.

⁸ Per la nota espressione, cfr. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

⁹ Le proposte della Commissione in tema di diritto penale premiale includevano altresì l'estensione anche ai delitti tanto dell'oblazione obbligatoria ex art. 162 c.p. quanto dell'oblazione facoltativa ex art. 162 bis c.p., che - come noto - richiede tra l'altro l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ossia condotte *lato sensu* riparatorie. Cfr. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10, 1274 ss.

zione e di riprovazione che, a ben vedere, un legislatore maggiormente orientato all'ideale di Giustizia riparativa avrebbe potuto definire "esigenze di riparazione del conflitto"¹⁰. Al contrario, nell'art. 162-ter c.p. l'unico potere che ha il giudice è quella di valutare la serietà dell'offerta reale e la congruità della somma offerta.

Fin dalla sua introduzione la dottrina si è cimentata nell'analisi dell'art. 162-ter c.p. in correlazione ai parametri della Giustizia riparativa¹¹.

Uno dei fattori propulsivi di quello che, si dimostrerà, è soltanto un equivoco terminologico è costituito dall'ambito applicativo della norma. L'art. 162-ter c.p. trova applicazione soltanto in relazione ai reati procedibili a querela di parte i quali, almeno in via astratta, dovrebbero essere espressivi di un conflitto dalla dimensione meramente 'privata', in cui è ben delineata una vittima personificata, portatrice del bene giuridico individuale leso dalla condotta del reo. Apparentemente, si tratta del medesimo sostrato socio - criminologico che viene considerato ambito elettivo della Giustizia riparativa¹².

Questo peculiare ambito applicativo, sebbene distingua l'art. 162-ter c.p. dai modelli del diritto premiale sinora impiegati nella legislazione penale complementare a tutela di beni giuridici di carattere diffuso o pubblico-collettivo (la salute e sicurezza sul lavoro¹³, il paesaggio, l'ambiente ecc.), in cui la conformazione alle prescrizioni impartite al contravventore estingue il reato, non è tuttavia sufficiente a configurare l'art. 162-ter c.p. come istituto di Giustizia riparativa.

2. Le *rationes* dell'art. 162-ter c.p.: deflazione processuale e sostanziale.

Nonostante le differenze rispetto all'istituto elaborato dalla Commissione Fiorella, la *ratio* della nuova causa di estinzione del reato appare, in ogni caso, identica a quella che emerge nella relazione della Commissione: l'art. 162-ter

¹⁰ In senso critico su tale aspetto dell'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 317 ss.

¹¹ CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *questa Rivista*, n. 2, 2017, 13 luglio 2017; PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10, 1274 ss.; MARUOTTI, *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 deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia*, 20 giugno 2017.

¹² Non si negano le potenzialità della Giustizia riparativa anche in relazione a fattispecie di reato ai danni di vittime collettive, su cui MANNOZZI - LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 22, ma, si ritiene, tali potenzialità si esprimono al meglio in sistemi in cui l'esperienza riparativa tradizionale è già sufficientemente matura.

¹³ AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, 29 ss.

c.p. contribuisce a coniugare il bisogno di valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole con le esigenze di deflazione processuale, dal momento che «le ipotesi conciliative (...) spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio»¹⁴.

La nuova causa estintiva risponde, dunque, in primo luogo a finalità schiettamente processuali di deflazione del carico giudiziario. Anzi, secondo alcuni autori, l'obiettivo della deflazione processuale è primario nell'economia dell'istituto¹⁵. Come esplicitamente enunciato nella relazione di accompagnamento al ddl presentato alla Camera, infatti, l'art. 162-ter c.p. è finalizzato ad evitare la celebrazione del processo quando esso ha ad oggetto l'accertamento di fatti lesivi di interessi privati il cui disvalore sia stato concretamente annullato dalla condotta riparatoria del reo¹⁶.

A questa logica di deflazione processuale si affianca, altresì, una finalità di deflazione penale in senso sostanziale¹⁷. L'art. 162-ter c.p. si inserisce, infatti, nell'alveo di quella tendenza politico-criminale che valorizza le condotte successive al fatto di reato, al fine di giustificare ipotesi sopravvenute di non punibilità, in attuazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale¹⁸ e della sussidiarietà 'secondaria'¹⁹, ovvero realizzata all'interno della concreta applicazione delle norme penali²⁰. Pertanto l'art. 162-ter c.p. manifesta l'intento del legislatore di collocare la riparazione nell'ambito del fenomeno della "non punibilità"²¹, quale esito possibile in un sistema non più legato all'antico binomio reato - pena²².

L'art. 162-ter c.p. impone, dunque, al giudice di non punire quei reati che, pur già consumati, siano stati tempestivamente riparati tramite una controcondotta del reo, volta ad eliderne o attenuarne le conseguenze dannose o

¹⁴ Relazione Commissione Fiorella, cit., 34.

¹⁵ AMARELLI, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p. Profili politico-criminali, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative*, in *Studium Juris*, 11, 2017, 4.

¹⁶ Nella relazione di accompagnamento, consultabile in www.camera.it, lo scopo del nuovo istituto è identificato in quello di «recuperare i tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo e senza determinare la dispersione di alcuna garanzia».

¹⁷ GRANDI, *op. cit.*, 3 ss.

¹⁸ Sul canone dell'*extrema ratio* cfr. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

¹⁹ DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 75 ss.

²⁰ AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni*, cit., 12.

²¹ DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi - Lodigiani, Bologna, 2015, 148 ss.; MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 3 ss.; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 435 ss.

²² DI MARTINO, *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa, 1998, *passim*.

pericolose e a consentire la tutela, sia pure tardiva e *in extremis*, del bene giuridico protetto. La riparazione, legata alle innumerevoli variabili del caso di specie, contribuisce ad una ‘riduzione’ del diritto penale - inalterato l’ambito del penalmente rilevante in astratto - realizzando invece una ‘depenalizzazione in concreto’ di quelle condotte che, grazie al comportamento susseguente dello stesso reo, risultano immeritevoli di pena in virtù della tutela *ex post* del bene giuridico tutelato dalla norma.

Tale profilo della norma sembra corroborare altresì una propensione dell’istituto a fungere da strumento di risocializzazione²³, dal momento che il serio sforzo del reo verso la riparazione dimostra l’assenza di un bisogno di rieducazione da parte sua. In tale direzione sembrerebbe, altresì, muoversi la previsione normativa che consente al giudice di valutare la congruità della somma offerta realmente dal reo e non accettata dalla persona offesa, al fine di ritenere ugualmente estinto il reato.

Una pena irrogata nei confronti di un soggetto che, dopo aver commesso un illecito penale espressivo un conflitto dalla dimensione privatistica, lo abbia prontamente riparato, neutralizzando il danno arrecato alla vittima, non appare finalizzata alla rieducazione ma bensì irragionevole e sproporzionata²⁴, poiché imposta ad un soggetto di fatto socialmente integrato. Pertanto la pena sarà percepita come ingiusta tanto dal singolo destinatario, quanto dai consociati, generando così - unitamente ad effetti desocializzanti per il reo - una disgregazione dei consensi intorno ai valori dell’ordinamento tutelati dalle norme penali.

Sebbene la funzionalità specialpreventiva positiva dell’art. 162 *ter* c.p. sia in astratto condivisibile, tuttavia, da ciò non deriva necessariamente l’attribuzione della qualifica di “istituto orientato ai fini della Giustizia riparativa”.

3. Caratteri e finalità della Giustizia riparativa.

Sul piano sistematico, l’introduzione dell’art. 162-*ter* c.p. dimostra il crescente apprezzamento politico-criminale per le condotte riparatorie. Ma è frutto di

²³ Sul concetto di risocializzazione come integrazione sociale cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 17 ss.

²⁴ Sul crescente rilievo attribuito al principio di proporzionalità, desumibile dall’art. 3 Cost. e, più esplicitamente, dall’art. 49, § 3 Carta di Nizza, e, da ultimo, ribadito dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 236/2016, cfr. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017, 1 ss.; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *ivi*, 1427 ss.

un equivoco l'accostamento, ancorchè derivante da assonanze terminologiche, dell'art. 162 *ter* c.p. alla Giustizia riparativa, idealtipo che opera con modalità del tutto differenti rispetto a quanto delineato nella norma in questione. L'ideale di giustizia riparativa (*Restorative Justice*), infatti, rappresenta un modello attraverso il quale la vittima, il reo e la comunità ricercano soluzioni ad un conflitto interindividuale e sociale, tramite la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il ristabilimento dell'ordine sociale²⁵.

La *Restorative Justice* rappresenta il punto di incontro di tendenze che valorizzano i profili di personalità sia della vittima²⁶ che del reo, nonché il coinvolgimento della comunità, quale insieme di individui legati dal riconoscimento reciproco di norme, con funzione di agenzia di controllo sociale dei conflitti, secondo i dettami della cosiddetta *community justice*²⁷.

Dopo un periodo di declino a causa dei processi di pubblicizzazione del concetto di reato, inteso come offesa alla sovranità terrena o divina piuttosto che come frattura del rapporto sociale fra reo e vittima, nell'ultimo ventennio del secolo scorso la Giustizia riparativa è ritornata nuovamente oggetto di interesse, applicativo prima che teorico, dapprima in ambito criminologico, poi, più di recente, anche in ambito giuridico²⁸ e sovranazionale²⁹. Sia organismi inter-

²⁵ BRAITHWAITE, *Setting Standards for restorative justice*, in *British Journal of Criminology*, 2002, 42, 563 ss.; BRAITHWAITE, *Restorative justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, *Crime and Justice*, 25, 1999, 1 ss.; BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989; CHRISTIE, *Conflicts as property*, in *British Journal of Criminology*, 1977, 17, 1 ss.; ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990.

²⁶ Ne sono un esempio i *restitution movements* diffusi negli USA alla fine degli anni Sessanta. Cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 73 ss. Cfr. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 996; DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 890 ss. Nella letteratura criminologica, cfr. MAWBY - WALKLATE, *Critical Victimology*, London-Thousands Oaks-New Delhi, 1994.

²⁷ KURKI, *Restorative and Community Justice in the United States*, *Crime and Justice*, 27, 2000, 235 ss.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 70.

²⁸ REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative justice*, Milano, 2010; DARAIO, *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 3, p. 357 s.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., *passim*; BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione giustizia*, 1995, 4, 886 ss.; BOUCHARD - MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; TRAMONTANO, *Mediazione e diritto penale*, in *Riv. pen.*, 2011, 3, 255 ss.; MAZZUCCATO, *Scenari giuridici per le pratiche di mediazione e giustizia riparativa in ambito penale nell'ordinamento vigente*, in *Dignitas*, 2003, 2, 61 ss.

²⁹ Dichiarazione di Vienna del X Congresso internazionale ONU, *Crime Prevention and Criminal Justice*, 10-17 aprile 2000, in www.giustiziariparativa.net; Consiglio d'Europa (2006), *Recommendation R. (2006)8 of the Committee of Ministers to Member States on assistance to crime victims sull'assistenza alle vittime dei reati*, in eur-lex.europa.eu; Consiglio d'Europa (1999), *Recommendation n. R(99)19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la Médiation en matière pénale*, in eur-lex.europa.eu; Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che

nazionali, come l'*International Scientific and Professionale Advisory Council (ISPAC)*³⁰, che la prassi hanno ormai delineato vere e proprie forme paradigmatiche di processi riparativi, ognuno con le sue peculiarità, come la *Victim-Offender Mediation*³¹ il *Family Group Conferencing*³², il *Sentencing Circle*³³, e i *Compensation/Restitution programs*³⁴.

Nonostante la contraddizione apparentemente insanabile tra l'autoritatività del diritto penale e la gestione mite³⁵ e flessibile³⁶ del conflitto, tipica della giustizia riparativa, il riconoscimento del ruolo della vittima, l'autoresponsabilizzazione delle parti, la condivisione del conflitto all'interno della comunità sembrano obiettivi pienamente compatibili con una funzione *ex art. 27 Cost.* di integrazione sociale della pena³⁷, che veicoli le componenti positive della prevenzione speciale e generale attraverso un'offerta di risocializzazione non desocializzante nei confronti del reo e la coesione di consenso della comunità intorno ai valori dell'ordinamento tutelati dalle norme penali. La giustizia riparativa, dunque, viene spesso presentata come strumento di

istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in eur-lex.europa.eu.

³⁰ ISPAC, *An Overview of Restorative Justice Programmes and Issues*, in *Tenth United National Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders*, in www.restorativejustice.org.uk.

³¹ Per *Victim-Offender Mediation* si intende un processo informale in cui l'autore e la vittima di un reato, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e dei suoi effetti sulla vita e sulle relazioni sociali della vittima, provvedendo se del caso ad un accordo riparativo. Per un esaustivo quadro sulle caratteristiche della mediazione penale e della sua diffusione sia nell'Europa continentale che nei Paesi anglosassoni, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 159 ss.; MANNOZZI, *L'oggetto della mediazione: conflitto, fatto o reato?*, in *Dignitas*, 2005, 7, 61 ss.; EUSEBI, *Dibattiti su teorie della pena e mediazione*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, Padova, 1998, 61 ss.

³² Il *Family Group Conferencing* è una forma di mediazione estesa non solo ai soggetti direttamente coinvolti dalla commissione di un reato, ma anche ai familiari delle parti in conflitto e ad alcuni componenti fondamentali delle rispettive comunità di appartenenza, al fine di decidere collettivamente come gestire la soluzione del conflitto. Cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 151.

³³ I *sentencing circles* o *peacemaking circles* consistono in una *partnership* delle comunità nella gestione della commisurazione della pena in senso lato, con cui si cerca di raggiungere un accordo su un programma sanzionatorio a contenuto riparativo che tenga conto dei bisogni di tutte le parti attinte dal conflitto. Cfr. COATES - VOS - UMBREIT, *Restorative Justice Circles: An Exploratory Study*, in *Contemporary Justice Review*, 2003, 6(3), 265 ss.; STUART, *Circle sentencing in Canada: A partnership of the community and the criminal justice system*, in *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 1996, 20(2), 291 ss.

³⁴ I *Compensation programs* sono programmi di compensazione dei danni da reato predisposti esclusivamente dallo Stato nei confronti della vittima; i *restitution programs* sono invece a carico del reo. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 128.

³⁵ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³⁶ ALEO, *Il diritto flessibile*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, 2, 1 ss.

³⁷ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss.; MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, *Critica del Diritto*, 4, 2004, 344 ss.; EUSEBI, *Dibattiti su teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 813 ss.

rinnovata legittimazione per il diritto penale nelle complesse società postmoderne³⁸, in cui, coesistendo assetti valoriali profondamente diversi, le modalità di gestione del conflitto rappresentano un problema frequente ed ineludibile. Ciò spiega per quale motivo la giustizia riparativa, con la sua predisposizione a coniugare effettività del controllo e integrazione sociale, risulti di recente un modello sempre più esplorato in un'epoca di profonda crisi esistenziale del diritto penale³⁹: ciò nonostante risulta però imprescindibile adottarne una accezione conforme ai principi fondamentali di un diritto penale da Stato sociale di diritto. In tal senso, si ritiene che le uniche forme compatibili di giustizia riparativa siano quelle volte ad ottenere una rinnovata accettazione delle regole di convivenza civile e non una coazione all'intimo pentimento morale.

L'intero assetto dei principi costituzionali impone di valorizzare una possibile offerta di riconciliazione del conflitto, senza imporla coattivamente, né al reo né alla vittima. La forte impronta legalitaria desunta dalla Costituzione impone, inoltre, una concezione di giustizia riparativa formalizzata ed endosistemica, quale alternativa alla pena piuttosto che al controllo penale: d'altro canto, istituzionalizzare la giustizia riparativa tramite degli *standard* formali⁴⁰ la sottrae alle accuse, poco confacenti ad uno Stato sociale di diritto, di evanescenza e di totale privatizzazione del conflitto.

Da quanto detto è possibile desumere che quella di condotta riparatoria è una nozione connessa, ma distinta rispetto a quella di Giustizia riparativa⁴¹, condividendo l'ipotesi estintiva di cui all'art. 162-ter c.p. solo uno dei tanti caratteri del paradigma premiale riparativo, ovvero del risarcimento del danno nonché dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Come è stato accertamente segnalato⁴² la congerie eterogenea di ipotesi di

³⁸ SOTIS, *Le regole dell'incoerenza-Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.

³⁹ COLAMUSSI - MESTITZ, *Giustizia riparativa*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 2010, 423 ss.; BOVE - MUZZICA, *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità - Unico 2015*, a cura di Scalfati, Roma, 2016, 41 ss.

⁴⁰ ASHWORTH, *Responsibilities, rights and restorative justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 2002, 42, 578 ss.; BRAITHWAITE, *Setting Standards for restorative justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 2002, 42, 563 ss.; ROBINSON, *The Virtues of Restorative Processes, the Vices of "Restorative Justice"*, in *Utah Law Review*, 2003, 1, 375 ss.; VON HIRSCH, *Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?*, Oxford, 2003.

⁴¹ Cfr. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio, Atti del Convegno di Studi (Como, 13-14 maggio 2005)*, Varese, 2007, 62 ss.; MURRO, *Riparazione del danno*, cit., 3 ss.; PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di Dolcini - Paliero, Milano, 2006, 1659 ss.

⁴² DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di*

non punibilità improntate al concetto di riparazione premiale non è il frutto di un chiaro disegno di politica criminale sanzionatoria, ma si presenta come funzionale a politiche molto diverse, anche se tutte legate da un denominatore comune minimo di valenza “riparatoria”.

Tuttavia, tale polifunzionalità della riparazione non sempre coincide con i fini della giustizia riparativa⁴³. La riparazione spesso persegue logiche puramente strumentali di collaborazione processuale⁴⁴ e di mera deflazione⁴⁵, di recupero economico di poste di bilancio, di ravvedimento condizionato a delazioni, di ripristino di situazioni del tutto indipendenti dall’esistenza di una vera vittima⁴⁶. Se piegata a queste logiche la riparazione smarrisce il suo connotato di offerta risocializzante che si inverte nella tutela delle vittime e si riduce ad un rimedio pressoché automatico e non individualizzato, che la rende immune da un profilo di effettivo riavvicinamento dei soggetti coinvolti nel conflitto⁴⁷. Ne consegue che in tali casi le distanze tra il modello della Giustizia riparativa restano incolmabili.

4. Il *vulnus* insanabile dell’art. 162-ter c.p.: il (non) ruolo della persona offesa.

Rispetto all’idealtipo di Giustizia riparativa, calato nell’orbita dei principi costituzionali del diritto penale, nell’art. 162-ter c.p. mancano, invero, una serie di requisiti e prerogative essenziali⁴⁸, riconducibili in primo luogo alla totale

Franco Coppi, vol. II, a cura di Brunelli, Napoli, 2011, 889 ss.

⁴³ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 148 ss.

⁴⁴ Distingue la Giustizia riparativa dalle *Alternative dispute resolutions* MANNOZZI, *La “visione” di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia, Restorative Justice. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi - Lodigiani, Bologna, 2015, 232. Cfr., inoltre, MANNOZZI - LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 60 ss. Pur condividendo l’orizzonte concettuale latissimo della negozialità, la Giustizia riparativa ha caratteristiche del tutto diverse dal modello civilistico delle ADR, sia in relazione alla tipologia dei conflitti cui essa può essere applicata, sia in ragione della sua tendenziale autonomia dalle reciproche concessioni patrimoniali che caratterizzano i modelli conciliativo - transattivi.

⁴⁵ MEZZETTI, *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

⁴⁶ Cfr. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze, “Premio” e “Corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 398 ss.

⁴⁷ Cfr. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell’esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti - Spangher, Milano, 2002, 73, a proposito della *Wiedergutmachung* di estrazione tedesca ridotta nella prassi a mero risarcimento del danno; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 290.

⁴⁸ cfr. COLAMUSSI - MESTITZ, voce *Giustizia riparativa (Restorative Justice)*, cit., 423 ss.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., *passim*; *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi e Lodigiani, Bologna, 2015, *passim*.

assenza di un ruolo attivo della persona offesa dal reato⁴⁹. Ciò rappresenta, infatti, un tratto essenziale delle procedure di giustizia riparativa, quand'anche esse non consistano in un percorso dialogico di mediazione tra reo e vittima affidato ad un terzo imparziale volto a ricomporre la frattura causata dal reato⁵⁰, percorso in ogni caso assente nell'ambito dell'art. 162 *ter* c.p. Le esigenze di deflazione processuale, inoltre, sembrano minare alla base ogni possibilità di accertamento funzionale ad una (auto)responsabilizzazione del reo, altro carattere essenziale dei processi riparativi⁵¹.

La persona offesa nell'ambito dell'art. 162-*ter* c.p. può unicamente essere sentita, ma non ha alcun potere di veto o opposizione rispetto alla decisione del giudice che ritenga, sulla base del proprio libero convincimento, congrua l'offerta risarcitoria del reo, né alcuna possibilità di dialogo conciliativo con quest'ultimo. L'inciso "sentite le parti e la persona offesa" non è in grado di configurare una parentesi endo-procedimentale nella quale autore e vittima del reato abbiano l'occasione di incontrarsi e instaurare un dialogo⁵² ma si limita a garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori della causa di estinzione.

Ma un vero e proprio corto-circuito, che dimostra che l'istituto non si limita ad essere semplicemente disfunzionale rispetto agli obiettivi della Giustizia riparativa⁵³ ma, anzi, si pone in posizione del tutto antagonista rispetto agli stessi⁵⁴, emerge nella possibilità per il giudice di valutare congrua l'offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa.

Tale possibilità, ben lungi dall'essere residuale, risulta invece primaria nell'economia dell'istituto, qualora esso voglia attingere quelle finalità di eco-

⁴⁹ MEZZETTI, *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

⁵⁰ COLAMUSSI - MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. Pen., Agg. V*, 2010, 547 ss.; MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, a cura di Ferrara - Pucciarelli - Troisi, Avellino, 2006, 48.

⁵¹ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 122; MEZZETTI, *op. cit.*, 3094 ss.

⁵² Cfr. MURRO, *op. cit.*, 180 s.

⁵³ Come d'altronde è stato già chiarito dalla prima dottrina che si è pronunciata sull'istituto: cfr. CASCIANI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione dellattiva?*, in *questa Rivista*, n. 2, 2017, 13 luglio 2017; PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10, 1274 ss.; MARUOTTI, *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 deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia*, 20 giugno 2017.

⁵⁴ Accenna alla previsione del meccanismo di estinzione "forzata" come modalità antitetica alla Giustizia riparativa GRANDI, *op. cit.*, 26.

nomia processuale cui è orientato, come già sottolineato dai primi commentatori⁵⁵: la causa estintiva in esame, infatti, condivide con la remissione della querela lo stesso ambito applicativo; dunque la sua efficacia deflattiva si manifesta esclusivamente in quei casi in cui il risarcimento offerto dal reo non sia stato ritenuto congruo dalla persona offesa, che pertanto abbia deciso di non rimettere la querela.

L'unico profilo realmente innovativo dell'art. 162-ter c.p. è proprio costituito dalla possibilità per il giudice di superare il dissenso della persona offesa, che deliberatamente non rimette la querela. Questo meccanismo introduce un ulteriore sbilanciamento di potere in un rapporto - quello tra reo e persona offesa - già di per sé conflittuale, in netta antitesi rispetto al fine della Giustizia riparativa, che è quello di *empowerment* della vittima del reato. La norma, infatti, imponendo al giudice, in presenza di un'offerta risarcitoria congrua, di neutralizzare il dissenso della persona offesa (che se consenziente potrebbe procedere alla tradizionale remissione della querela) finisce per spogliare quest'ultima del potere, già di per sé blando, di negoziazione sottostante alla rimessione. Non si ignora che, secondo alcuni autori⁵⁶, tale previsione rappresenta un meccanismo di bilanciamento dell'integralità del risarcimento, la quale, non prevedendo possibilità di parametrizzazione alle condizioni economiche soggettive, rischierebbe di produrre detestabili meccanismi discriminatori di *bifurcation* sulla base del censo.

Tuttavia, per quanto giustificabile in ragione di siffatti obiettivi di politica del diritto, ciò non elide il meccanismo di *disempowerment* che l'art. 162-ter c.p. realizza nei confronti della vittima. Pur insistendo sulla medesima fascia di criminalità per la quale opera la causa di estinzione del reato rappresentata, appunto, dalla remissione della querela, l'art. 162-ter c.p. sottrae l'effetto estintivo del reato alla disponibilità della persona offesa. Anzi, tale effetto estintivo si produce nonostante la contrarietà di quest'ultima: l'art. 162-ter c.p. fornisce al giudice il potere di 'scavalcare' l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante, in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa recata agli interessi lesi dal reato.

Questo meccanismo non è compatibile con gli ideali di Giustizia riparativa. D'altronde, la matrice di Giustizia riparativa dell'art. 162-ter c.p., pur presente negli intendimenti della Commissione Fiorella⁵⁷, era correlata ad una for-

⁵⁵ MARUOTTI, *op. cit.*

⁵⁶ GRANDI, *op. cit.*, 21; sui rischi di *bifurcation* degli strumenti sanzionatori patrimoniali cfr. RIZZO, *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *Dir. pen. Proc.*, 1997, 10, 1172.

⁵⁷ Come si evince dal seguente passaggio della Relazione Commissione Fiorella, *op. cit.*, 41: «A fianco dell'oblazione, si propone anche l'introduzione di una ipotesi generale di estinzione del reato in pre-

mulazione dell'istituto proposta dalla Commissione che non comprendeva la "variante secondaria" incentrata sull'offerta reale, non accettata dalla persona offesa⁵⁸, vero punto di rottura di ogni eventuale collegamento tra l'art. 162-ter c.p. e la Giustizia riparativa.

Che l'istituto si ponga in chiave ostativa alle esigenze della vittima è dimostrato, inoltre, dal fatto che il riconoscimento da parte del giudice della "congruità della somma offerta" dal reo implica una valutazione giudiziale di sostanziale irragionevolezza circa la determinazione assunta dalla persona offesa; ciò, per giunta, in un ambito quale quello dei reati procedibili a querela in cui il legislatore e, di conseguenza, il giudice dovrebbero essere maggiormente attenti alla voce e alle esigenze della persona offesa. Saranno inevitabili, come già dimostrano le prime cronache⁵⁹, fenomeni di risentimento delle vittime nei confronti dello Stato, percepito come bieco monetizzatore del dolore altrui, se non di vera e propria vittimizzazione secondaria.

L'art. 162-ter c.p., dunque, stravolge la funzione vittimologica della querela quale strumento di governo privato dell'azione penale, adoperandola come mero parametro di individuazione dell'ambito applicativo dell'istituto ed eventualmente come filtro processuale, contando il legislatore sulla scarsa propensione delle vittime "quiescenti" ad attivare il procedimento penale⁶⁰.

La previsione dell'art. 162-ter c.p. come strumento che sottrae il reo a pretese ritenute ingiustificatamente pervicaci della persona offesa dimostra l'esclusiva finalità deflattiva della norma, svincolata da qualsiasi percorso di incontro e dialogo tra autore e vittima del reato nel quale maturi l'impegno del primo anche ad una riparazione materiale dell'offesa⁶¹.

Si può allora concludere nel senso che l'unico dato in comune tra Giustizia riparativa e art. 162 ter c.p. sia la riparazione oggettiva delle conseguenze del reato, ma tutti gli altri profili di disciplina contribuiscono a rendere il nuovo articolo 162 ter c.p. non solo estraneo alla logica *stricto sensu* riparati-

senza di condotte riparatorie: tale strumento permette di affiancare all'istanza deflattiva il rafforzamento dell'idea della cd. giustizia riparativa, con l'attribuzione al procedimento di una funzione conciliativa tra autore e vittima del reato».

⁵⁸ Come ritenuto da PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, 10, 1274 ss.

⁵⁹ In risposta alle quali, in merito alla problematica applicazione della norma allo *stalking*, cfr. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017, 3 ss.

⁶⁰ Cfr. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrōfia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 253 ss.

⁶¹ Sui limiti intrinseci della riparazione pecuniaria, se sganciata da un percorso di riparazione, cfr. MANNOZZI - LODIGIANI, *op. cit.*, 228.

va/conciliativa⁶² ma addirittura ostativo alla stessa. Solo allorquando la persona offesa assume le vesti di co-protagonista nell'ambito di un percorso dialogico con l'autore del fatto, finalizzato alla riconciliazione con quest'ultimo e alla pacificazione sociale, «potranno dirsi davvero rispettate le logiche della giustizia riparativa, per la cui soddisfazione è ben lungi dall'essere sufficiente la prestazione unilaterale da parte del reo di un *tantundem* pecuniario del danno provocato dall'illecito, magari preceduta da un'audizione procedimentale della vittima, in adempimento formale di quanto previsto dalla legge»⁶³.

5. Uno spazio per una rilettura del risarcimento del danno nell'alveo della Giustizia riparativa: il risarcimento ultracompensatorio.

Affinché si produca l'effetto estintivo, il nuovo istituto richiede che l'imputato abbia «riparato interamente [...] il danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento» ed abbia altresì eliminato, «ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato». Le condotte riparatorie devono dunque essere orientate a neutralizzare entrambi i tipi di conseguenze pregiudizievoli sofferte dalla persona offesa: il “danno civile” e il “danno criminale”⁶⁴.

Per quanto attiene al “danno civile”, l'art. 162-ter c.p. richiama implicitamente l'art. 185 c.p., il quale, nel disciplinare le obbligazioni di natura civilistica scaturenti dall'illecito penale, sancisce l'obbligo delle restituzioni (co. 1) e l'obbligo del «risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale» cagionato dal reato (co. 2).

Per quanto attiene alle “conseguenze dannose o pericolose del reato”, tradizionalmente si intende con tale espressione riferirsi al cosiddetto “danno criminale” o danno sociale⁶⁵, ovvero l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice⁶⁶.

In realtà, è stato sottolineato⁶⁷ come l'art. 162-ter c.p. sia destinato a trovare applicazione il più delle volte in relazione a delitti monoffensivi di beni individuali, nei quali il danno criminale tende a coincidere con il danno civile riparabile mediante il risarcimento e le restituzioni. In definitiva, sebbene in linea generale solo il “danno criminale” sia elemento indefettibile del reato,

⁶² MARUOTTI, *op. cit.*, secondo il quale la nuova causa di estinzione del reato di cui al nuovo art. 162 ter c.p. non può ricondursi alla giustizia riparativa, poiché prevede soltanto la tacitazione del profilo risarcitorio, anche quando tale “riparazione” non è accettata dalla persona offesa.

⁶³ GRANDI, *op. cit.*, 7.

⁶⁴ FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 62.

⁶⁵ FONDAROLI, *op. cit.*, 281 ss.

⁶⁶ Ciò comporta la possibilità di una riparazione anche dei reati di pericolo, cfr. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 85 ss.

⁶⁷ GRANDI, *op. cit.*, 20 ss.

mentre il “danno civile” ne rappresenta una conseguenza soltanto eventuale, l’effetto estintivo *ex art. 162 ter c.p.* si produrrà nella maggior parte dei casi a seguito della sola riparazione del primo, mediante il risarcimento e/o le restituzioni. Ciò giustifica una particolare attenzione dell’interprete nei confronti della componente risarcitoria dell’istituto.

Sebbene la rilevanza, in vario modo, degli istituti civilistici all’interno del sistema penale non sia affatto una novità⁶⁸, un’analisi della potenzialità politico – criminale del risarcimento del danno come vettore di Giustizia riparativa è oggi quanto mai attuale, dal momento che le stesse paratie normative tra illecito penale ed illecito civile sembrano assottigliarsi e confondersi sia dal punto di vista strutturale che funzionale⁶⁹, tant’è che non manca chi ritiene che una siffatta distinzione tra le due categorie sia ormai soltanto legale ed estrinseca, legata alla forma della *sanctio juris*⁷⁰.

Occorre dunque vagliare se ed in che modo il risarcimento del danno possa rivelarsi funzionale agli ideali di Giustizia riparativa/integrazione sociale, rappresentati dalla valenza specialpreventiva dello sforzo di solidarietà del reo verso la vittima e dall’aggregazione dei consensi dei consociati giustificata da una più ampia e condivisa gestione del conflitto sotteso al reato, che contemperebbe le esigenze della persona offesa con il rispetto dei diritti del reo.

È pur vero che secondo alcuni il risarcimento del danno, utilizzato nel sistema sanzionatorio, comprometterebbe la funzione specialpreventiva e generalpreventiva della pena, perché il reo non avrebbe nulla da perdere a causa della sua condotta, dovendo limitarsi a risarcire il danno e/o restituire il mal-tolto, e di conseguenza i consociati nutrirebbero una diffusa percezione di impunità per siffatte condotte.

Tuttavia, ciò non sembra indebolire l’ipotesi di valorizzare il risarcimento del danno come soluzione riparativa almeno per alcuni reati meno gravi⁷¹ offensivi di beni strettamente personali⁷², per i quali la mera *restitutio in integrum* delle conseguenze dannose può essere considerata una reazione giusta e pro-

⁶⁸ Il risarcimento del danno, oltre a rappresentare una sanzione civile derivante da reato *ex art. 185 c.p.*, configura ai sensi dell’art. 62 n. 6, prima parte, c.p. un’attenuante comune, concepibile per qualsiasi reato che abbia cagionato un danno risarcibile, patrimoniale o non patrimoniale, indipendentemente dal fatto che si tratti di reato contro il patrimonio o di reato contro altre tipologie di beni giuridici. Cfr. Cass. pen., sez. VI, n.4304 del 2004; Così Cass., sez. un., 29 ottobre 1983, in *Cass. pen. mass.*, 1984, 846.

⁶⁹ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2009, 854. Per la dottrina civilistica cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 196 ss.

⁷⁰ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 15.

⁷¹ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.

⁷² MANNA, *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 591 ss.

porzionata. Tuttavia in questi casi la composizione privatistica ed autonoma del conflitto che ne deriva dovrebbe indurre a suggerire l'esclusione dell'intervento penale attraverso una strategia di depenalizzazione a favore del diritto civile, praticabile ed auspicabile⁷³ nei limiti della ragionevolezza e del bilanciamento con gli altri interessi in conflitto.

Una siffatta strategia di depenalizzazione - ferma restando la necessità di evitare un'eccessiva abdicazione dello Stato al suo ruolo di risolutore dei conflitti sociali - contribuirebbe a disinnescare il rischio, geneticamente connesso alle forme di Giustizia riparativa, del cosiddetto *net - widening effect*, ovvero sia dell'estensione, quantitativa e qualitativa, del controllo formale - in questo caso penale - a fatti altrimenti irrilevanti, attraverso strutture asseritamente *soft* che comunque limitano la libertà del singolo⁷⁴. Tali prospettive, in ogni caso, non attengono *stricto sensu* al tema della potenzialità politico - criminale del risarcimento del danno come strumento di Giustizia riparativa all'interno del sistema penale.

A tal proposito, è probabilmente condivisibile ritenere che il risarcimento, se conserva la sua prevalente funzione compensatoria, non può assurgere ad unica reazione, ancorché riparativa, per quei fatti per i quali la mera *restitutio in integrum* non appare una risposta sufficiente alle esigenze specialpreventive e generalpreventive.

Il problema non è insuperabile dal punto di vista delle esigenze di generalprevenzione positiva: non è irragionevole che un fatto astrattamente integrante un reato non sia punito ma dia vita solo ad un risarcimento del danno, perché il principio di sussidiarietà esige applicazione non solo nel momento in cui è emanata la norma penale, pur ritenuta necessaria, ma anche nella valutazione in concreto circa la punibilità del singolo caso⁷⁵.

Più complessa è la questione inerente la componente specialpreventiva della pena, che viene indubbiamente compromessa dalla previsione di un mero obbligo di risarcimento come possibile unica risposta al fenomeno delittuoso (obbligo risarcitorio che, d'altronde, deriverebbe già dalle rispettive norme civilistiche violate).

Tuttavia, queste riflessioni non sembrano operare in senso completamente preclusivo all'operatività del risarcimento del danno come istituto di impianto *lato sensu* riparativo. Se infatti, in piena sintonia con i recenti orientamenti

⁷³ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 259 ss.

⁷⁴ RIZZO, *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, cit., 1172.

⁷⁵ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit. 19.

giurisprudenziali⁷⁶, il risarcimento si colora di afflittività, slegandosi dalla prova di un concreto pregiudizio e collegandosi ad altri parametri di valutazione, come quello della retroversione degli utili ricavati dal reato, esso dimostra maggiore conformità sia rispetto alla componente generalpreventiva positiva che specialpreventiva positiva.

Infatti un risarcimento del danno non limitato ad una funzione compensativa ma connotato da un tasso di afflittività si rivelerebbe uno strumento maggiormente soddisfacente per la vittima e specialpreventivo per il reo, che non si porrebbe nell'atteggiamento di chi "ha tutto da guadagnare e nulla da perdere" in conseguenza del reato.

Altresì dal punto di vista generalpreventivo positivo i consociati non riceverebbero un messaggio di surrettizia impunità, bensì di una risposta sanzionatoria avvertita come meno desocializzante e più efficace, perché socialmente costruttiva. Un risarcimento ultracompensatorio costituirebbe una vera e propria pena il cui connotato di afflittività non sarebbe fine a se stesso ma sarebbe strumentale al raggiungimento di uno scopo riparativo del conflitto⁷⁷.

La siffatta valorizzazione di una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno, dunque, conferma e non smentisce la sua conformità alle finalità specialpreventive e generalpreventive positive sottolineata dalla dottrina⁷⁸. D'altronde, alcune delle proposte operative più celebri sembrano implicitamente confermare quanto appena asserito.

La proposta di legge contro il furto nei grandi magazzini del 1974, elaborato in Germania nell'ambito dell'*Alternativ Entwurf*, ad esempio, proponeva sì una soluzione civilistica in senso stretto, di vaga reminiscenza romanistica, ma senza rinunciare ad una componente afflittiva e preventiva: secondo la suddetta proposta, infatti, il reo doveva pagare una somma di denaro pari al doppio dell'importo dovuto, oltre alla restituzione e l'eventuale risarcimento del danno⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 1995, n. 10837; Cass. civ., sez. II, 21 aprile 2008, n. 10329 e da ultimo Cass. civ., sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820 in relazione all'art. 70 disp. att. c.c.; cfr. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2007, n. 14761 e sentenze ivi riportate; Cass. civ., sez. III, 7 novembre 2000, n. 14485 in relazione all'art. 12 l. 8 febbraio 1948; Cass. civ., Sez. un., sent. n. 9100 del 6 maggio 2015; Cass. civ., sez. VI, 18 aprile 2014, n. 9035 e Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902 in relazione all'art. 96 co. 3 c.p.c., su cui anche la Corte cost., sent. 1 giugno 2016, n. 152 si è espressa sulla natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria e indennitaria, con finalità deflative; per maggiori approfondimenti cfr. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in *diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2015.

⁷⁷ DUFF, *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, a cura di Von Hirsch - Roberts - Bottoms - Roach - Schiff, Oxford e Portland, 2003, 53.

⁷⁸ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 20.

⁷⁹ MANNA, *Il risarcimento del danno*, cit., 600; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituti-*

Inoltre, la valorizzazione ultracompensatoria del risarcimento del danno non preluderebbe ad una sorta di privatizzazione del diritto penale, perché la funzione afflittiva dello strumento ne giustificerebbe pienamente la permanenza all'interno di un sistema penale pur rifondato in chiave riparativa, giustificando le garanzie tipiche del sistema penale e connotando il risarcimento del danno come rimedio specialpreventivo incidente sulla capacità a delinquere del reo⁸⁰.

Il risarcimento ultracompensatorio così delineato si avvicina alla figura delle pene private⁸¹, le quali, poste a tutela di interessi privati, ridondano a vantaggio del privato ed in ciò trovano il loro tratto distintivo dalla pena pecuniaria e dalla sanzione amministrativa.

La pena privata, intesa nel senso di sanzione civile punitiva⁸², è generalmente applicata dal giudice su iniziativa della parte danneggiata o esposta a pericolo ma, come è stato sottolineato⁸³, è contrassegnata prevalentemente da finalità repressive e preventive e non riparatorie.

Alcuni autori hanno evidenziato come il risarcimento del danno, anche nella sua veste ultracompensatoria, estrometta quella componente pubblicistica della gestione del conflitto che pure si è visto essere saliente all'interno del concetto di Giustizia riparativa, dal momento che il risarcimento del danno non include alcune componenti immateriali della riparazione⁸⁴. Inoltre, solo ad un'analisi superficiale lo stesso ruolo della vittima sembra maggiormente attivo ma rischia di dare la stura ad un'eccessiva patrimonializzazione della vicenda, che depotenzia il profilo dell'effettivo riavvicinamento dei soggetti⁸⁵.

Probabilmente tutte le osservazioni sopra enunciate colgono nel segno: il risarcimento del danno, pur nella sua veste ultracompensatoria, non è un istituto "puro" di Giustizia riparativa; il che rappresenta una conferma della scarsa

zionali, Napoli, 1988, 96.

⁸⁰ MEZZETTI, *Nuove tecniche del legislatore*, cit., 3094 ss.

⁸¹ BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 108, 1, 1985, 1 ss.; cfr., sebbene in termini non esattamente sovrapponibili, FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 333, a proposito del concetto di riparazione nella *Wiedergutmachung* come concetto più ampio del risarcimento del danno civilistico.

⁸² GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impresa*, 1987, 532.

⁸³ BRICOLA, *op. ult. cit.*, 3.

⁸⁴ REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 23.

⁸⁵ Cfr. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti - Spangher, Milano, 2002, 73 a proposito della *Wiedergutmachung* di estrazione tedesca ridotta nella prassi a mero risarcimento del danno; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 290.

tenuta dell'art. 162 *ter* c.p., quale norma fondata essenzialmente sul risarcimento del danno, in termini di Giustizia riparativa.

Tuttavia, in un'ottica pragmatica e realistica che non condanni la Giustizia riparativa ai margini del sistema non sembra da escludere, per così dire, la "riparatività latente" di un istituto di tal genere almeno per i casi in cui il conflitto sotteso al reato è lieve oppure l'offesa è blanda. Ciò non vuol dire che il risarcimento, ancorché ultracompensatorio, se inserito nel sistema penale possa da solo bastare ad orientare quest'ultimo ad un ideale riparativo. Infatti la riparazione, per essere realmente espressione di Giustizia riparativa, deve collocarsi in un contesto di interazione tra autore e vittima del reato, in cui il risarcimento sia connesso ad un carattere di responsabilità attiva, la cui percezione quale concreta reazione e risoluzione del conflitto da parte dei consociati dovrebbe indurre a ritenere tale strumento come dotato comunque di un maggiore tasso di "riparatività" rispetto agli istituti del sistema sanzionatorio odierno.

Quanto finora detto dovrebbe, tuttavia, indurre ad una maggiore valorizzazione del risarcimento, non solo in chiave di depenalizzazione laddove ciò sia opportuno, ma anche all'interno del sistema penale in una strategia combinata con ulteriori risposte sanzionatorie, maggiormente incisive dal punto di vista del coinvolgimento delle parti.

6. La valorizzazione della riparazione del danno criminale nell'alveo della Giustizia riparativa.

L'art. 162-*ter* co. 1 c.p. primo periodo richiede, come requisito dell'estinzione del reato, altresì l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose. Tuttavia, appare evidente come si tratti di una previsione subalterna, destinata a svolgere un ruolo residuale nella prassi⁸⁶ rispetto al risarcimento del danno civilisticamente inteso. In primo luogo la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato può essere richiesta al reo solo «ove possibile». In secondo luogo, la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose non è contemplata nel meccanismo di estinzione "forzata" di cui al secondo comma, che impone al giudice di valutare solamente la congruità della somma offerta a titolo di risarcimento e non accertata dalla persona offesa; altresì la forma di riparazione "tardiva" fa riferimento esclusivo a "quanto dovuto a titolo di risarcimento".

Ad un tale carattere di subalternità nella struttura dell'istituto si aggiunge al-

⁸⁶ GRANDI, *op. cit.*, 26, nota 105.

tresi un'elaborazione dommatica tradizionalmente ben più scarna di quella relativa al risarcimento del danno.

Ciò nonostante, l'istituto della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato dimostra evidenti potenzialità in un'ottica riparativa che rappresentano uno degli aspetti più dinamici dell'attuale evoluzione politico-criminale⁸⁷. Avendo come riferimento l'offesa al bene giuridico, tale riparazione non si fonda su quella precisa relazione di equivalenza tipica della *restitutio in integrum* che, se già assume le sembianze di una *fictio juris* nel caso del danno civilistico, risulta del tutto impropria in relazione alle conseguenze dannose o pericolose di un fatto costituente reato.

La riparazione può consistere in una vera neutralizzazione del danno criminale o del pericolo, ovvero in una prestazione riparatoria "sostitutiva" o integrativa a favore della reale vittima o di una vittima "simbolica", per lo più rappresentata da un'istituzione o dalla collettività: ferme restando le interferenze con il concetto di risarcimento insite nella seconda alternativa, in ogni caso si tratta sempre di una pena agita⁸⁸, cioè di un comportamento *post delictum* tendenzialmente uguale e contrario rispetto alla condotta illecita produttiva dell'offesa, in piena conformità con l'orientamento favorevole alle cosiddette misure socialmente costruttive⁸⁹, dotate della forza dinamica e promozionale tipica delle sanzioni positive.

La riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato in sé non è mai stata tradizionalmente catalogata nel novero delle pene, sebbene non sia strutturalmente incompatibile con il concetto stesso di pena, dal momento che consiste in un obbligo coercibile, al pari di quello risarcitorio⁹⁰. La stessa misura proposta dall'*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* qualificava quest'ultima come *dritte Spur*, alternativa alla pena e alla misura di sicurezza: tuttavia, essa nei fatti realizzava un'ipotesi di *absehen von Strafe* nei confronti del reo che avesse riparato le conseguenze del fatto proprio⁹¹.

Il codice Rocco conosce la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose nell'ambito del cosiddetto ravvedimento operoso, come circostanza attenuante comune ai sensi dell'art. 62 n. 6 secondo periodo c.p.⁹² Che si tratti di un istituto diverso dal mero risarcimento del danno contemplato dalla prima

⁸⁷ MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 3 ss.

⁸⁸ DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 148 ss.

⁸⁹ ROXIN, *Ha un futuro il diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, 1998, 240 ss.

⁹⁰ CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2012, 243 ss.

⁹¹ FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 328.

⁹² FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 396; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 246.

parte del n. 6 lo si evince dal requisito della spontaneità della condotta dell'agente nonché dal mancato riferimento all'integralità, che in relazione alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose viene sostituito dal connotato dell'efficacia, giacché la riparazione deve essere dunque effettuata con serietà e con mezzi idonei quanto meno ad attenuare le conseguenze del reato⁹³.

La norma codicistica ha rappresentato un modello per il legislatore, che ha corredato la legislazione di parte speciale di numerosissime ipotesi di ravvedimento operoso basate, tra l'altro, anche sulla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, inserita in un contesto *post delictum* compendiate una "controcondotta" che neutralizza l'offesa al bene giuridico di riferimento⁹⁴.

Non mancano, inoltre, casi come quello dell'art. 162-ter c.p., ma anche della sospensione condizionale della pena e dell'oblazione, in cui la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato fornisce sostanza a determinati istituti del sistema sanzionatorio⁹⁵, presentandosi piuttosto come un elemento dalla funzione mutevole e cangiante.

In un sistema penale improntato ad un ideale di Giustizia riparativa la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose deve, però, consistere in un'attività positiva a favore della vittima o a favore della collettività, nel segno della restaurazione dei beni e valori offesi.

Attraverso la riparazione il bene giuridico perde la sua tradizionale astrattezza concettuale ed acquista tangibilità, perché l'autore si trova di fronte alla materializzazione in forma empiricamente percepibile della violazione commessa, confrontandosi con le conseguenze del reato da lui commesso. Sono palesi le implicazioni specialpreventive e generalpreventive positive di una tale evenienza, perché l'autore si orienta "nei fatti", per così dire, in senso conforme all'ordinamento e nel contempo la collettività allenta il proprio allarme sociale di fronte ad una reazione percepita come giusta ed efficace. E tali implicazioni sembrano perfettamente in linea con le direttrici fondamentali in tema

⁹³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 418.

⁹⁴ Si pensi alla riduzione fissa prevista per il concorrente che si dissocia e si adoperi in modo che il soggetto riacquisti la libertà, nel delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art.289 bis comma 4 c.p.), oppure agli artt. 385, ultimo comma, e 386 c.p., latamente ispirati al ravvedimento attivo. Più di recente, appare significativo che la legge 22 maggio 2015, n. 68, introducendo all'interno del codice i nuovi delitti contro l'ambiente, abbia introdotto all'art. 452 *quinquies* c.p. un'attenuante ad effetto speciale per l'autore che, tra l'altro, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi, nonché un ordine di ripristino del giudice nel caso di condanna *ex art. 452 duodecies* c.p.

⁹⁵ FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 253 ss.

di Giustizia riparativa finora delineate.

Una rilettura della categoria della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato come strumento di Giustizia riparativa appare dunque praticabile in astratto, ma non certo nell'ambito dell'art. 162 *ter* c.p. Tale operazione dovrebbe, infatti, incentrarsi su quelle ipotesi di riparazione che non si limitano a porsi come indici, per le più svariate ragioni, di un minore bisogno di specialprevenzione positiva nei confronti del reo, ma su quei comportamenti riparativi che agiscono all'interno di un'ottica dialogica con la vittima e con la comunità dei consociati⁹⁶. Ottica dialogica che, come già chiarito nei paragrafi precedenti, è completamente assente nell'ambito del nuovo istituto di cui all'art. 162 *ter* c.p.

7. Una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi: una proposta *de jure condendo*.

Da quanto finora argomentato emerge come, a parere di chi scrive, l'art. 162-*ter* c.p. sia una norma sostanzialmente dannosa rispetto ai fini della Giustizia riparativa, in quanto fondata sul rilievo esclusivo delle condotte riparatorie unilaterali del reo: risulta, invero, poco razionale rispetto ai fini della Giustizia riparativa concepire la possibilità di estinguere un reato con vittima identificata e lesivo di interessi giuridici personali prescindendo da un coinvolgimento diretto e attivo della persona offesa.

Ma, per giunta, la nuova norma appare altresì inutile in vista del suo auspicato scopo deflattivo.

L'applicazione dell'art. 162-*ter* c.p., infatti, non è priva di elementi la cui ponderazione potrebbe ben inficiare il dichiarato intento deflattivo (soprattutto a paragone della "celerità" dell'alternativa rappresentata dall'estinzione per remissione di querela): si pensi, da un lato, al giudizio sulla "congruità della somma" oggetto di offerta reale, sostanzialmente rimesso all'autonomo apprezzamento del giudice; o, dall'altro lato, al vaglio circa l'"esito positivo delle condotte riparatorie" (comma 3) in esito alla sospensione del processo, basato sul presupposto - anch'esso oggetto di apposito vaglio giudiziale - che l'imputato non abbia potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado ad alcune delle condotte riparatorie.

L'efficacia deflattiva della norma è, inoltre, depotenziata dalla sovrapposizione dell'ambito applicativo dell'art. 162-*ter* c.p. con quello della procedibilità

⁹⁶ AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., 24; MANNOZZI - LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 316 ss.

a querela suscettibile di remissione⁹⁷. Nell'ambito dei reati procedibili a querela non soggetta a remissione sarebbe stato, auspicabile, secondo tali autori, operare una selezione di alcuni reati al fine di ricostruire un ambito applicativo dell'art. 162 *ter* c.p. parzialmente autonomo. Né il legislatore ha optato per una scissione dell'istituto dalla procedibilità a querela, prevedendone l'applicazione, in relazione, per esempio, ad alcuni specifici reati che, pur procedibili d'ufficio, si caratterizzano per essere lesivi di interessi spiccatamente individuali⁹⁸, come le ipotesi di furto aggravato di cui all'art. 625 c.p. commesse usando violenza sulle cose o valendosi di qualsiasi mezzo fraudolento, ovvero con destrezza, o che hanno ad oggetto il bagaglio di viaggiatori, nonché quelle commesse all'interno di mezzi di pubblico trasporto; oppure i reati di «introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo» ex art. 636 c.p., di «uccisione o danneggiamento di animali altrui» di cui all'art. 638 c.p. e le ipotesi di «violenza sessuale» di minore gravità di cui al comma 3 dell'art. 609 *bis* c.p.

Per uscire da questo *impasse* tra dannosità e inutilità ed operare realmente nell'alveo della Giustizia riparativa il legislatore, oltre ad ampliare e potenziare uno strumento già noto e sperimentato quale la procedibilità a querela⁹⁹, maggiormente congeniale all'ideale riparativo, sarebbe potuto intervenire con una disciplina più articolata, ispirata al diverso e moderno paradigma della giustizia riparativa.

In quell'ottica di circolarità di modelli già menzionata, il legislatore avrebbe potuto attingere al microsystema della giustizia penale amministrata dal giudice di pace che, come è stato riconosciuto di recente dalle Sezioni unite della Suprema Corte¹⁰⁰, è improntato su un generale dovere del giudice di «favorire, per quanto possibile, la conciliazione delle parti» (art. 2 co. 2 d. lgs. 274 del 2000). La stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte chiarito che la fina-

⁹⁷ MARUOTTI, *op. cit.*, 4.

⁹⁸ MARUOTTI, *ibidem*; GRANDI, *op. cit.*

⁹⁹ La delega contenuta nell'art. 1 co. 16 - 17 l. 103 del 2017 sembra orientarsi in tale direzione, prefigurando l'introduzione della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena pecuniaria, o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola o congiunta alla pena pecuniaria) nonché per i reati contro il patrimonio, senza limiti edittali; è fatta invece salva la procedibilità d'ufficio per il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) e per qualsiasi altro reato qualora ricorra una delle seguenti condizioni: 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità; 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'art. 339 c.p.; 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

¹⁰⁰ Cass., Sez. un., sent. 23 giugno 2016, n. 31668, in relazione alla remissione tacita della querela per mancata comparizione del querelante; cfr., altresì, Cass., Sez. un., sent. 25 maggio 2011, n. 27610.

lità conciliativa «costituisce il principale obiettivo della giurisdizione penale del giudice di pace»¹⁰¹.

Tale è la pregnanza del dovere di conciliazione del giudice di pace che le Sezioni unite prima citate ne hanno dedotto un'ampia discrezionalità in capo a quest'ultimo circa le modalità di perseguimento dell'obbligo di risultato, ammettendo altresì la legittimità di avvertire le parti della valutazione che sarà data ad una loro condotta passiva quale quella di mancata comparizione in udienza, interpretata come remissione tacita della querela e assenza di ricusazione.

In quest'ottica appare di interesse la facoltà di sospensione del processo che il giudice di pace detiene in virtù dell'art. 29 co. 4 d. lgs. 274 del 2000. Nei casi di reati procedibili a querela, infatti, il giudice di pace può rinviare l'udienza (*rectius*, sospendere) per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi di centri e strutture pubbliche o private cui delega l'attività di mediazione.

Si tratta di un istituto sospensivo processualmente "vuoto", in cui «la mediazione emerge essenzialmente nella variante "esosistemica" di privatizzazione del conflitto»¹⁰², che però appare assolutamente congeniale in un'ottica di Giustizia riparativa e pienamente conforme all'assetto dei principi costituzionali. Infatti il giudice garantisce alle parti uno "spazio neutro" all'interno del quale provare ad elaborare una soluzione al conflitto interindividuale, se del caso attraverso l'aiuto di mediatori professionali.

¹⁰¹Corte cost., ord. n. 349 del 2004.

¹⁰²MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 316.

Infine, altresì negli esiti, debitamente “processualizzabili”¹⁰³, questa forma di sospensione del processo appare assolutamente efficace nei risultati e coerente con le premesse normative costituzionali: in caso di conciliazione il reato si estingue per remissione accettata della querela e non per malcelate esautorazioni della persona offesa da parte del giudice, realizzate attraverso valutazioni discrezionali che, di fatto, espropriano le parti di conflitto che è di loro stretta appartenenza¹⁰⁴.

Ne emerge la descrizione di un istituto in cui il giudice ha un compito di mero accertamento del verificarsi di condizioni propizie per la risoluzione del conflitto, soggettivamente percepite come tali dalle parti. Tuttavia, calato nell’ambito dei reati procedibili a querela, l’istituto non appare affatto distonico, dal momento che la *ratio* stessa della procedibilità a querela implica un vaglio soggettivo della persona offesa circa l’esercizio dell’azione penale.

Questa forma di sospensione, che tra i suoi pregi sembra altresì coniugare il difficile binomio tra Giustizia riparativa e deflazione processuale, in una prospettiva *de jure condendo* tesa a riconfigurare il sistema penale alla luce dell’ideale riparativo dovrebbe potenzialmente essere estesa altresì al rito ordinario, da un lato costituendo la formalizzazione di prassi, ancorché disomogenee da tribunale a tribunale, già diffuse *extra ordinem* attraverso rinvii di udienza su istanza dei difensori al fine di comporre il conflitto in via extraprocessuale, dall’altro giustificando l’ingresso, in via principale e non accessoria, della mediazione penale nell’attuale sistema¹⁰⁵.

D’altronde, ciò appare in linea con la *vis expansiva* dei principi elaborati in relazione al microsistema del giudice di pace già evidenziata dalle Sezioni unite 23 giugno 2016, n. 31668, che espressamente sanciscono un analogo dovere del giudice monocratico di promuovere la conciliazione tra le parti, al fine di verificare la possibilità di una remissione accettata della querela sotto forma di mancata comparizione in udienza delle parti.

Le Sezioni unite, infatti, valorizzano l’art. 555 co. 3 c.p.p. che, modificando l’assetto normativo preesistente, in cui l’art. 564 c.p.p. prevedeva tale onere in capo al pm, impone al giudice monocratico il dovere di favorire la conciliazione ai fini della remissione della querela. I Supremi giudici, ponendosi in

¹⁰³ L’espressione è di KILCHING - PARLATO, *Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”?* Germania e Italia a confronto, in *Cass. Pen.*, 2015, 4200.

¹⁰⁴ MANNOZZI - LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 269, considerano la remissione della querela uno dei casi in cui la mediazione ha senz’altro un esito positivo.

¹⁰⁵ GRILLO, *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace e al tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. di Merito*, 2013, 1, 6 ss.

una prospettiva tesa ad ampliare gli spazi di conciliazione nel sistema, auspicano una prassi in cui il giudice, nel disporre la citazione delle parti, abbia cura di inserire un avvertimento alle parti circa la valutazione in termini di remissione e accettazione della querela della loro mancata comparizione in udienza. Una innovazione legislativa che preveda la possibilità di una sospensione del processo per finalità conciliative come quella prevista dall'art. 29 co. 4 cit. avrebbe il merito di fornire basi normative più solide per l'incremento di una siffatta prassi.

Come è ovvio, tale innovazione normativa da sé non basterà a ricondurre *tout court* il sistema penale verso logiche riparative ma saranno necessarie politiche extrapenali tese alla costituzione, all'implementazione ed al finanziamento di adeguati centri di mediazione, forniti di personale qualificato e diffusi in tutto il territorio nazionale.