

QUESITI

VALENTINA MASARONE

L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?

Contestualmente alla comparsa di forme di soggettivizzazione degli illeciti penali, in cui si riconoscono le tracce di un rinnovato diritto penale "per tipo d'autore", di stampo securitario, si è assistito, negli ultimi anni, anche per effetto delle spinte provenienti, in tal senso, dalle fonti europee, all'elaborazione di una sorta di diritto penale "per tipo di vittima", con l'introduzione di norme incriminatrici a carattere spiccatamente preventivo-deterrente, in cui le caratteristiche delle vittime e l'interesse alla loro tutela finiscono per assumere rilievo centrale ai fini della configurazione delle fattispecie. Tale fenomeno dev'essere considerato in una prospettiva critica, per verificare se il ruolo così attribuito al diritto penale, tra le tipologie d'intervento concretamente adoperate dal potere pubblico in funzione di tutela - *ex ante* ed *ex post* - delle vittime di reato, sia conforme ai compiti che lo stesso diritto penale è chiamato a svolgere in un ordinamento liberal-solidaristico, con particolare riferimento alle finalità che, in esso, possono essere legittimamente assegnate alla pena.

Together with a renewed criminal law "classified by author", in the last few years, also due to the influences in this sense coming from the European rules, a sort of criminal law "classified by victim" has developed. This phenomenon has to be critically examined, in order to check if the role thus assigned to criminal law - among the measures applied to protect victims before or after a crime - is compliant with its constitutional function, with a specific reference to the rightful purpose of punishment.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il ruolo della vittima nelle recenti opzioni politico-criminali di parte speciale: l'influenza delle fonti sovranazionali e la tendenza verso un diritto penale "per tipo di vittima". - 3. Forme alternative di valorizzazione degli interessi della vittima: la tutela extrapenale *ante delictum* tra sussidiarietà e politiche sociali. - 4. La tutela *ex post* delle vittime reali. - 4.1. Il risarcimento del danno derivante dal reato nel sistema penale: funzione e prospettive. - 4.1.1. La riparazione pubblica e i fondi di garanzia. - 4.2. Le attuali *chances* ed i possibili sviluppi della "giustizia riparativa" nell'ordinamento italiano. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Come ogni fenomeno riscontrabile nella realtà normativa in continua evoluzione, quello, innegabile, della "riscoperta" della vittima (anche) nel diritto penale sostanziale, può essere riguardato in una prospettiva critica, che ponga in relazione l'essere e il dover essere del diritto penale, per verificare quale ruolo rivesta il ricorso a quest'ultimo tra le tipologie d'intervento concretamente adoperate dal potere pubblico in funzione di tutela delle vittime di reato e se tale ruolo sia conforme ai compiti che il diritto penale è chiamato a svolgere in un ordinamento liberal-solidaristico, con particolare riferimento alle finalità che, in esso, possono essere legittimamente assegnate alla pena.

Si tratta, in pratica, di valutare se e in che misura il diritto penale sia impiegato, attualmente, per fini di prevenzione della vittimizzazione e, cioè, per offri-

re una tutela *ante delictum* alle vittime potenziali della criminalità, considerando un simile utilizzo dello strumento penale nel contesto più ampio delle misure extrapenali di tutela *ex ante*, senza trascurare le forme di tutela predisposte, anche – ma non solo – all’interno del sistema penale, per le vittime reali, laddove la prevenzione non abbia dato i risultati auspicati. Nella prospettiva anzidetta, la posizione della vittima nel diritto penale vigente, così articolata, dovrà essere esaminata alla luce dei principi fondamentali di un diritto penale da Stato sociale di diritto, tra cui – soprattutto – il canone di sussidiarietà e di *extrema ratio* dell’intervento penale e la funzione costituzionale della pena come integrazione sociale, comprensiva degli aspetti positivi della prevenzione generale e di quella speciale, con esclusione, dunque – se non in quota strettamente fisiologica – di finalità di mera intimidazione e deterrenza¹.

2. Il ruolo della vittima nelle recenti opzioni politico-criminali di parte speciale: l’influenza delle fonti sovranazionali e la tendenza verso un diritto penale “per tipo di vittima”

Nel diritto penale vigente, la vittima – o, per meglio dire, la persona offesa dal reato – viene in considerazione, tanto in riferimento ad alcuni istituti di parte generale, quanto in diverse disposizioni di parte speciale, per talune caratteristiche soggettive – quali età, sesso, condizioni di infermità o debolezza, qualifiche personali, peculiari rapporti con l’autore del reato –, ovvero, in prospettiva dinamica, per il comportamento tenuto in relazione alla commissione del fatto e, successivamente, per la procedibilità di quest’ultimo.

Guardando alla parte generale, le qualità della vittima vengono in rilievo ai fini della configurabilità delle circostanze aggravanti comuni, di cui all’art. 61, nn. 5, 10, 11, 11-*ter* e 11-*quinqies*, c.p., contribuendo, dunque, a rendere più severo il trattamento sanzionatorio nei confronti dell’autore del reato.

Diversamente, il contributo della persona offesa alla realizzazione del fatto opera, talora, nel senso di determinare, rispetto ad esso, l’esclusione o l’attenuazione della punibilità. Così avviene, nell’ambito delle cause di giustificazione, ove si esclude l’illiceità del fatto nel caso in cui il titolare dell’interesse offeso acconsenta validamente alla sua lesione (art. 50 c.p.) e nell’ipotesi in cui l’agente, vittima di un’aggressione ingiusta, legittimamente se ne difenda (art. 52 c.p.); e nel contesto delle circostanze attenuanti, con la diminuzione di pena scaturente dall’aver la vittima «provocato» il fatto ingiusto altrui (art. 62, n. 2, c.p.) ovvero concorso dolosamente, con l’azione o

¹ V., per tutti, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 83 ss. e *passim*.

l'omissione del colpevole, a determinare l'evento (art. 62, n. 5, c.p.). Il comportamento della vittima può, inoltre, venire in rilievo ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.)².

Non priva d'interesse è, poi, la lettura in chiave vittimologica della procedibilità a querela (art. 120 e ss. c.p.), intesa come istituto che «favorisce, nei fatti, una sorta di “depenalizzazione ad opera della vittima”, venendo affidate l'attivazione e l'estinzione dell'azione pubblica ad una decisione del soggetto passivo, presa – almeno teoricamente – in seguito ad una forma alternativa di composizione della controversia con il soggetto attivo»³.

Nella parte speciale del diritto penale, si ravvisano, innanzitutto, tradizionali modelli di attribuzione di rilevanza al soggetto passivo, consistenti nel collegare l'esistenza o l'intensità della tutela, apprestata tramite le norme incriminatrici, alle qualità della vittima o ai rapporti intercorrenti tra questa e il soggetto attivo o, ancora, alla condotta tenuta dal soggetto passivo prima, durante o dopo la commissione del reato⁴. Si pensi, rispettivamente, ai reati qualificati dal soggetto passivo, ad esempio i reati che possono essere commessi soltanto in danno di minorenni (come quello previsto dall'art. 609-*quater* c.p.), o a quelli puniti più severamente in ragione delle qualità della vittima, ad esempio se questa è minore d'età (come nei casi di cui all'art. 609-*ter* c.p.); ai reati che possono essere realizzati solo in ambiti familiari, come l'abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.) o i maltrattamenti (art. 572 c.p.); e ai reati che postulano, sul piano operativo, la cooperazione del titolare dell'interesse leso, tra i quali emergono talune ipotesi di reati contro il patrimonio, che richiedono un atto di disposizione patrimoniale da parte della vittima, quali l'estorsione (art. 629 c.p.), la truffa (art. 640 c.p.) o l'usura (art. 644 c.p.)⁵.

Su tali modelli si è innestata, in tempi recenti, la tendenza ad un certo «paternalismo nelle opzioni di politica legislativa che riguardano la vittima»⁶, specie

² V., per tutti, VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 141, che richiama, esemplificativamente, le ipotesi di concorso del fatto colposo della vittima, di consenso invalido o concemente la lesione di un bene indisponibile e, infine, di difesa avverso un pericolo inattuale.

³ DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 999. La lettura in chiave vittimologica dell'istituto sarebbe, però, difficilmente sostenibile nei reati perseguibili a querela commessi in danno di minori o incapaci, ove la legittimazione a proporre querela non spetta direttamente alla vittima, ma al suo rappresentante legale. Cfr. GIUNTA, *Interessi privati e dellazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 91. Va segnalato che la legge 23 giugno 2017, n. 103 ha delegato il governo a riformare il sistema della procedibilità a querela in senso espansivo, con evidenti finalità deflative.

⁴ In proposito, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Padova, 2015, 232 ss.

⁵ Sui c.d. reati di sfruttamento, v. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 129 ss.

⁶ CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1777.

se “debole” o “vulnerabile”, come suggerito, del resto, da riconoscibili indirizzi politico-criminali di derivazione sovranazionale. Ora, se si ammette che una tutela speciale per determinate categorie di soggetti non contrasti col principio di eguaglianza «se ed in quanto la natura dell’interesse tutelato renda “ragionevole” tale tutela»⁷, deve piuttosto riconoscersi che nelle scelte normative in cui si è espressa la tendenza in questione «la vulnerabilità della vittima è spesso divenuta il presupposto delle nuove politiche punitive per la sicurezza (rivolte alla collettività, spesso sfruttando ondate di indignazione, registrate e nondimeno studiatamente provocate dai *mass media*) e del neo-paternalismo penale nei confronti delle vittime stesse: la progettazione di “supervittime” non pare funzionale alla considerazione della loro peculiare sofferenza, ma strumentale alla repressione di crimini di cui è possibile mostrare ai cittadini l’odiosità e rispetto ai quali si può più facilmente motivare la necessità di un inasprimento sanzionatorio»⁸. Si stabilisce, così, «un vincolo, sottile e nascosto, che lega il protagonismo delle vittime e le opzioni politiche, (solo) dichiaratamente finalizzate alla tutela delle loro esigenze»⁹.

In altri termini, contestualmente alla comparsa di forme di soggettivizzazione degli illeciti penali, in cui si riconoscono le tracce di un rinnovato diritto penale “per tipo d’autore”, di stampo securitario, si è assistito, negli ultimi anni, prevalentemente per effetto delle spinte provenienti, in tal senso, dalle fonti europee¹⁰, all’elaborazione di una sorta di diritto penale “per tipo di vittima”, con l’introduzione di norme incriminatrici a carattere spiccatamente preventivo-deterrente, in cui le caratteristiche delle vittime e l’interesse alla loro tutela finiscono per assumere rilievo centrale ai fini della configurazione delle fattispecie. Ne risultano sacrificati i principi tradizionali di un diritto penale (del fatto) di matrice liberale, ad iniziare dal principio di sussidiarietà ed *extrema ratio*.

La “personalizzazione” del diritto penale, incentrata sulla tipologia di vittima (talvolta congiuntamente alla considerazione della tipologia d’autore), si manifesta specialmente in riferimento a vittime in condizioni di particolare vulnerabilità, identificabili in ragione di qualità personali, che le rendono più facilmente o frequentemente aggredibili, e/o per il fatto di essere esposte a fenomeni criminali particolarmente allarmanti, non solo per il disvalore ad essi riconducibile, ma anche per la loro preoccupante reiterazione. È questa la

⁷F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 232.

⁸CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1778-1779.

⁹MANNA, *La vittima del reato: “à la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, I, Milano, 2006, 964.

¹⁰V. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, cit., 117 ss.

logica riscontrabile, del resto, della nozione di recente inserita nell'art. 90-*quater* c.p.p. dal d.lgs. n. 212/2015.

Si considerino, a mero titolo esemplificativo di una tendenza ben più ampia, le norme introdotte a tutela di soggetti ritenuti “deboli” per definizione – quali i minori, specie se vittime di abusi (anche) sessuali, o le donne, vittime della violenza di genere e, in particolare, di quello che è stato simbolicamente definito e disciplinato come “femminicidio” – o, ancora, le nuove previsioni in materia di “omicidio stradale”.

Per quanto riguarda gli abusi sessuali commessi in danno di minori¹¹, è innegabile che, rispetto a simili fatti, emergano peculiari esigenze di tutela penale. Queste scaturiscono, per un verso, dalla considerazione della minore età della persona offesa come «fattore *bio-fisiologico* di predisposizione vittimogena»¹², tale da legittimarne una protezione differenziata e rafforzata, e, per altro verso, dalla particolare odiosità dei comportamenti lesivi della libertà sessuale. Tuttavia, l'introduzione di fattispecie gravemente carenti sotto i profili della determinatezza-tassatività, della materialità e dell'offensività, con una drastica anticipazione dell'intervento penale rispetto al momento della lesione del bene tutelato, sino all'attribuzione di rilievo penale alle mere intenzioni, anziché soddisfare tali esigenze, finisce per tradirle, traducendosi nell'incriminazione di condotte potenzialmente inoffensive e difficilmente dimostrabili all'interno del processo. Tanto è accaduto, ad esempio, con l'inserimento nel codice penale del controverso delitto di «Pornografia virtuale» (art. 600-*quater*.1 c.p.), ad opera della l. 6 febbraio 2006, n. 38, destinata a dare attuazione alla decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 22 dicembre 2003, poi sostituita dalla direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011; nonché, da ultimo, con la previsione del delitto di «Adescamento di minorenni», introdotto all'art. 609 *undecies* c.p. dalla L. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della *Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale* del 2007. Norme fortemente simboliche, di dubbia legittimità, sistematicamente incoerenti e, dunque, inefficaci.

Ulteriori esempi di “vittimocentrismo” nelle opzioni politico-criminali della parte speciale del diritto penale si rinvencono nella normativa di recente elaborazione in materia di violenza di genere. Anche in questo caso, la particolare vulnerabilità delle vittime – con speciale riferimento alle donne, vittime di

¹¹ Per un'analisi più approfondita dell'argomento ed i relativi riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare al nostro *Il minore come vittima: la tutela penale contro lo sfruttamento sessuale dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Crit. dir.*, 2012, 217 ss.

¹² VENTUROLI, *op. ult. cit.*, 152.

abusi, maltrattamenti e finanche di condotte omicide, per lo più realizzate in contesti familiari e para-familiari - ha formalmente motivato l'introduzione, nell'ordinamento penale, di norme variamente derogatorie di principi fondamentali e talvolta chiaramente superflue, emblematicamente orientate alla rigida prevenzione e/o alla severa punizione di fatti indubbiamente connotati da un'elevata dannosità sociale e gravemente allarmanti, che, però, proprio in quanto tali, richiederebbero l'attivazione di seri interventi di prevenzione, anche e soprattutto extrapenale, e l'impegno alla concreta e coerente applicazione delle norme già vigenti, in grado di garantirne un'efficace repressione, piuttosto che la dispersione di energie istituzionali alla ricerca di soluzioni normative *ad hoc*, apparentemente volte a colmare presunti vuoti di tutela, ma, in realtà, destinate ad attrarre consenso politico, a "costo zero", sfruttando il comune sentimento d'insicurezza, corrispondente alla percezione di essere tutti vittime potenziali, ed il naturale impulso solidaristico nei confronti delle vittime reali.

Si pensi alla fattispecie di «Atti persecutori», inserita all'art. 612-*bis* c.p. dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella L. 23 aprile 2009, n. 38, con la quale si è inteso coprire un ambito di tutela, che non si riteneva adeguatamente coperto dalle norme in materia di molestie (art. 660 c.p.), di minaccia (art. 612 c.p.) e di violenza privata (art. 610 c.p.), oltre che da quelle poste a tutela della vita e dell'incolumità individuale. In proposito può osservarsi che, se vanno riguardate con favore, nell'ottica di una prevenzione che sia, al tempo stesso, efficace e rispettosa del canone di sussidiarietà, le misure che il legislatore ha predisposto a tutela della vittima, accanto alla citata norma incriminatrice¹³, quest'ultima appare, invece, del tutto inadeguata a realizzare lo scopo per cui è stata introdotta¹⁴: il grave *deficit* di determinatezza che ne ha caratterizzato la formulazione, nonché i profili di incoerenza sistematica, riscontrabili nei rapporti tra la nuova norma e quelle previgenti da ultimo citate, ne hanno reso assai difficoltosa l'iniziale applicazione e sono stati all'origine di un intervento della Corte costituzionale¹⁵ tanto necessario, per l'evidente tensione riscontrabile tra l'art. 612-*bis* c.p. e - a tacer d'altro - il principio costituziona-

¹³ Tra cui l'ammonimento del questore, misure di carattere cautelare, il potenziamento della misura civilistica dell'allontanamento dalla casa familiare.

¹⁴ In senso critico, v., per tutti, LO MONTE, *Una nuova figura criminosa: lo stalking (art. 612bis c.p.). Ovvero l'ennesimo, inutile "guazzabuglio normativo"*, in *Ind. pen.*, 2010, 479 ss.; nonché MANNA, *Il nuovo delitto di «atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra e Dassano, Napoli, 2010, 469 ss.

¹⁵ V. Corte cost., n. 172 del 2014, in *Foro it.*, 2014, 2283, con nota di LEINERI, *Il delitto di stalking al vaglio della Corte costituzionale: l'art. 612 bis c.p. non viola il principio di indeterminatezza*; e in *Giur. cost.*, 2014, 2729, con nota di GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*.

le di legalità (art. 25, co. 2, Cost.), quanto deludente nel risultato. La Corte, infatti, ha finito per negare l'illegittimità della norma, sulla base, però, di argomentazioni, volte a fornirne un'interpretazione, che oltre ad apparire creativa, al di là del limite invalicabile che dovrebbe segnare i confini tra il potere legislativo e quello giudiziario, quando pure si tratti di giurisprudenza costituzionale, non fa che evidenziare la perdurante incertezza ad essa riconducibile nella sede applicativa.

La tendenza, da parte del mondo politico, ad un uso simbolico del diritto penale, collegato al proclamato (*rectius* pretestuoso?) interesse per la vittima e per le sue ragioni, ma rivolto, nei fatti, ad ottenere il favore dell'opinione pubblica, rispondendo al suo bisogno di "sicurezza", a fronte di fenomeni criminali di forte impatto mediatico, è ancor più evidente, ove si consideri quello che è stato diffusamente presentato come lo strumento normativo di contrasto al "femminicidio", termine riferito ai fatti di omicidio commessi in danno di vittime di sesso femminile, prevalentemente in ragione della loro identità di genere. Ebbene, il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere [nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province]», convertito nella L. 15 ottobre 2013, n.119¹⁶, non contiene alcuna norma riguardante il "femminicidio" vero e proprio, ma introduce talune modifiche a norme esistenti, ampliando la punibilità e/o inasprendo il trattamento sanzionatorio dei principali fatti espressivi della violenza di genere (maltrattamenti, reati sessuali, *stalking*), oltre ad inserire nell'art. 61 c.p. un nuovo n. 11-*quinqüies*, che prevede una circostanza aggravante comune, consistente ne «l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'art. 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza». Ora, è chiaro che non sussisteva - né sussiste tuttora - alcuna esigenza d'introdurre nell'ordinamento un'apposita fattispecie incriminatrice del "femminicidio", essendo l'uccisione di una donna senz'altro riconducibile alle norme vigenti in materia di omicidio (artt. 575, 584, 589 c.p.), con le relative aggravanti; del resto, neppure la *Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* del 2011, di stimolo all'iniziativa del legislatore italiano del 2013, richiede l'introduzione di una figura di reato (o di una circostanza ag-

¹⁶ V. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di "femminicidio"*, in www.penalecontemporaneo.it; F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, 59 ss.; PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 4314 ss.

gravante) *ad hoc* con riguardo all'omicidio commesso ai danni di una donna. Ma è significativo, nel senso anzidetto, che il d.l. n. 93/2013, convertito in l. n. 119/2013, sia stato e continui ad essere emblematicamente definito come "legge sul femminicidio". In proposito, si è parlato di una vera e propria "truffa delle etichette"¹⁷. Senza tacere i dubbi che possono ragionevolmente avanzarsi sulla necessità di una nuova circostanza aggravante, quale quella inserita all'art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p., che finisce per sovrapporsi all'ambito operativo dell'aggravante della c.d. minorata difesa, di cui al previgente n. 5 dell'art. 61 c.p.

Analoghe considerazioni possono svolgersi relativamente alla reale necessità dell'introduzione dei reati di «Omicidio stradale» (art. 589-*bis* c.p.) e di «Lesioni personali stradali gravi o gravissime» (art. 590-*bis* c.p.), avvenuta, con la L. 23 marzo 2016, n. 41, sulla spinta di enti ed associazioni rappresentative delle vittime di tali fatti e delle loro famiglie – e soprattutto dell'*Associazione italiana familiari e vittime della strada* –, le cui comprensibili e legittime istanze volte ad ottenere un'efficace prevenzione e repressione dei reati connessi alla circolazione stradale sono state «assecondate da una classe politica in cerca di legittimazione»¹⁸, con l'inserimento nel codice penale delle citate fattispecie *ad hoc*, indicate come il tipico esempio di «un intento repressivo che talvolta varca i limiti della ragionevolezza per sconfinare nel campo del vero e proprio populismo penale»¹⁹. Una scelta, di cui sono stati da più parti segnalati i limiti di ordine tecnico, sistematico e politico-criminale²⁰, nella quale «a prescindere dall'entità degli aumenti di pena che la ricorrenza (degli estremi) di queste figure comporta, si fatica a intravedere [...] un significato diverso da quello di una sottolineatura meramente simbolica del disvalore dei fatti ivi descritti. Non se ne riesce a ravvisare, infatti, alcuna ragione pratica»²¹.

¹⁷ V. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 163 ss.

¹⁸ M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, 153.

¹⁹ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2698.

²⁰ In questa sede non intendiamo soffermarci dettagliatamente sull'esame delle norme citate, preferendo rinviare, per i relativi rilievi critici, ai numerosi commenti pubblicati in proposito, tra cui: D'AURIA, BIAGIARINI, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 432 ss.; MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *questa Rivista online*, 2016, 4 ss.; MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in www.penalecontemporaneo.it; PAVICH, *Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge*, in *Cass. pen.*, 2016, 2309 ss.; PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 145 ss.; ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in www.penalecontemporaneo.it; SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, *ivi*, 18 aprile 2016, 1 ss.

²¹ M. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

3. Forme alternative di valorizzazione degli interessi della vittima: la tutela extrapenale *ante delictum* tra sussidiarietà e politiche sociali

Le considerazioni svolte sulle scelte normative di parte speciale, assunte ad oggetto di un' esemplificativa indagine "a campione", dimostrano la tendenza del nostro ordinamento – in linea con la direzione indicata dalle fonti sovranazionali – ad utilizzare il diritto penale quale mezzo di prevenzione della vittimizzazione, destinato ad incidere sui potenziali autori di reati, distogliendoli dalla realizzazione di fatti, di maggiore o minore lesività, a cui norme di impronta securitaria ricollegano severe punizioni.

Senonché una simile tendenza appare illegittima, oltre a risultare inefficace, come dimostrano i progressivi, periodici inasprimenti sanzionatori predicati e praticati dal legislatore, per contrastare fenomeni criminali che restano particolarmente allarmanti, nonostante la minaccia di pene sempre più severe. Essa presuppone, infatti, la prevalente assegnazione alla pena di finalità di tipo intimidativo-deterrente, riconducibili agli aspetti negativi della prevenzione, generale e speciale, che – come abbiamo già avuto modo di sottolineare²² – non sono compatibili con la funzione della pena come integrazione sociale, risultante dall'art. 27, co. 3, Cost. e dall'intero impianto costituzionale.

Piuttosto, nel rispetto della Legge fondamentale, anche con riferimento alla tutela delle vittime, una politica criminale da Stato sociale di diritto dovrebbe essere tesa a valorizzare gli aspetti positivi della prevenzione e, dunque, quella funzione criminal-pedagogica e quello scopo di risocializzazione, che solo norme penali determinate e tassative, riferite a fatti socialmente dannosi ed equamente sanzionati, possono perseguire. Del resto, la più efficace tutela che si può offrire alle potenziali vittime di un reato – o, per meglio dire, ai beni giuridici, di cui esse sono titolari – consiste nel rafforzamento della fiducia dei consociati nell'ordinamento giuridico e nella concreta risocializzazione di quanti siano stati condannati per quel reato, sì da prevenirne stabilmente la recidiva.

Riservare alla pena una simile funzione significa, altresì, ricorrere al diritto penale solo se e quando un tale intervento risulti coerente con quella funzione, affidando, per il resto, le istanze di tutela *ante delictum* ad ambiti e misure di carattere extrapenale, nel rispetto del fondamentale canone di sussidiarietà. Del resto, l'attivazione di misure extrapenali di prevenzione della vittimizzazione, accanto alla predisposizione di forme di tutela penale – o, forse, prima ancora di queste –, è suggerita dalla maggior parte delle fonti internazionali,

²² V. *supra* par. 1.

generali²³ e settoriali, operanti in materia, con disposizioni non sempre adeguatamente recepite dal legislatore nazionale, che pure non manca di attuare, con discutibile zelo, altre prescrizioni derivanti dalla dimensione internazionale e talvolta – come abbiamo rilevato – in forte tensione con i principi di diritto interno.

Per richiamarci agli esempi già citati in precedenza, nel settore della normativa posta a tutela dei minori contro gli abusi sessuali, il legislatore è andato oltre quanto richiesto dalle fonti europee tanto con l’inserimento nel codice penale del reato di «Pornografia virtuale» (art. 600 *quater*.1 c.p.), quanto con la drastica anticipazione della tutela ravvisabile nella fattispecie di «Adescamento di minorenni» (art. 609 *undecies* c.p.)²⁴, di fatto discostandosi dai principi fondamentali dell’ordinamento nazionale più di quanto necessario ad eseguire gli “obblighi” di incriminazione derivanti dalla dimensione sovranazionale. Alla premura, finanche eccessiva, manifestata nell’adempimento di simili obblighi, in sede di attuazione degli atti europei vigenti in materia, fa da riscontro la totale assenza di norme volte al recepimento nel diritto interno delle previsioni, pure contenute in quegli atti, relative all’istituzione di seri programmi di prevenzione “sociale” del fenomeno di sfruttamento sessuale dei minori. Il Capitolo II della Convenzione di Lanzarote è interamente dedicato a «misure di prevenzione» (extrapenali), quali: opportune forme di reclutamento, formazione e sensibilizzazione delle persone che lavorano a contatto con i minori (art. 5); un’adeguata educazione dei minori stessi (art. 6); programmi o misure di intervento preventivo, rivolte alle «persone che temono di poter commettere» uno dei reati previsti dalla convenzione (art. 7); nonché misure rivolte all’opinione pubblica (art. 8) ed alla partecipazione dei minori, del settore privato, dei *media* e della società civile (art. 9). Indicazioni che si rinvergono, altresì, nel preambolo della direttiva 2011/92/UE, che ha sostituito la decisione quadro 2004/68/GAI, riprendendo le disposizioni della Convenzione di Lanzarote, al fine di vincolare gli Stati membri alla loro attua-

²³ V. DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione delle vittime*, in *Quest. giust.*, 2003, 715.

²⁴ Infatti, nel primo caso, il legislatore italiano ha scelto di non avvalersi delle deroghe consentite agli Stati membri dall’art. 3, par. 2 della decisione quadro 2004/68/GAI, relativamente all’obbligo d’incriminazione di condotte pedopornografiche di carattere “virtuale”; possibilità confermata dall’art. 5, par. 7 e 8 della direttiva 2011/92/UE, in sede di sostituzione della citata decisione quadro. Nel secondo, è andato oltre le stesse indicazioni della Convenzione di Lanzarote (art. 23) – riproposte nella direttiva 2011/92/UE (art. 6) –, ove la punibilità dell’adescamento è subordinata alla commissione di atti concreti dell’adulto, successivi alla mera proposta e volti a realizzare l’incontro con il minore. In proposito, sia consentito rinviare nuovamente al nostro *Il minore come vittima: la tutela penale contro lo sfruttamento sessuale dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, cit., 225 s. e 233 ss.

zione. Eppure di tali prescrizioni non vi è traccia nella l. n. 172/2012, recante la ratifica della medesima Convenzione (ed emanata anche su impulso della citata direttiva) e le relative norme di adeguamento interno. Del resto, dall'attuazione di tale legge - come risulta dalla "clausola di invarianza", contenuta nell'art. 10 - «non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Solo l'esclusiva introduzione di norme di diritto penale, sostanziale e processuale, consente la realizzazione di riforme "gratuite", con buona pace dei reali interessi delle vittime, che sarebbero senz'altro tutelate (preventivamente) in maniera più efficace mediante l'istituzione di adeguate politiche sociali, oltre che di programmi e misure d'intervento da proporre agli stessi autori dei reati, per evitarne la recidiva - come previsto dai Considerando nn. 37/39 della direttiva 2011/92/UE -, piuttosto che con l'inserimento nel codice penale dell'ennesima norma incriminatrice, superflua e tendenzialmente inefficace, dunque meramente simbolica.

In materia di violenza di genere, un'impostazione analoga si rinveniva nel testo originario del già citato d.l. n. 93/2013²⁵, diretto, sostanzialmente, a rendere operativa nell'ordinamento interno la Convenzione di Istanbul, ratificata, con mero ordine di esecuzione, per effetto della L. 27 giugno 2013, n. 77. Tale Convenzione, nel Capitolo III, prevede l'istituzione, da parte degli Stati aderenti, di misure volte alla «prevenzione» del fenomeno che mira a contrastare - vale a dire la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica -, comprendendovi: obblighi di carattere generale, destinati ad indurre cambiamenti nei comportamenti socio-culturali (art.12); campagne di sensibilizzazione (art. 13); programmi di educazione (art. 14); misure volte ad un'adeguata formazione delle figure professionali che si occupano delle vittime o degli autori degli atti di violenza (art. 15); programmi di intervento di carattere preventivo e di trattamento, rivolti agli autori (art. 16); iniziative tese a favorire la partecipazione del settore privato e dei mass media all'elaborazione e all'attuazione di politiche e alla definizione di linee guida e di norme di autoregolazione per prevenire la violenza contro le donne (art. 17). Nella sua iniziale formulazione, il d.l. n. 93/2013 stabiliva, all'art. 5, l'adozione un «Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere», volto ad avviare o incentivare misure di prevenzione extrapenale del tipo di quelle contemplate dalla Convenzione - sia pure con una lacuna "eccellente", rappresentata dalla mancata previsione di programmi di trattamento, su base volontaria, finalizzati agli autori delle condotte violente -, ma precisava, all'ultimo comma dello stesso art. 5, che all'attuazione delle disposi-

²⁵ Cfr. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 167-168.

zioni in esso contenute, si sarebbe provveduto «mediante l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Su tale carenza, che rendeva praticamente inattuabili le finalità del Piano descritte nella norma, ha inciso la legge di conversione n. 119/2013, che ha modificato l'art. 5 del d.l. n. 93/2013, disponendo, tra l'altro, un incremento del Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità per l'anno 2013 - da cui il Piano attinge risorse -, poi confermato per i tre anni successivi dalla legge di stabilità del 2014. Le Camere hanno, inoltre, aggiunto al testo soggetto a conversione l'art. 5-*bis* c.p., relativo alle «Azioni per i centri antiviolenza e le case-rifugio», precisandone le fonti di finanziamento. Modifiche da salutare, indubbiamente, con favore²⁶.

Nel settore della sicurezza nella circolazione stradale - per completare il riferimento agli esempi già tratti dalla normativa di parte speciale -, si registra, quanto meno a partire dagli anni Duemila, una più costante attenzione alle misure extrapenali di prevenzione di forme di vittimizzazione, contemplate, tra l'altro, dal Piano Nazionale della Sicurezza Stradale (PNSS), relativo agli anni 2001-2010²⁷ e dal successivo PNSS-Orizzonte 2020²⁸. In proposito, lo studio delle statistiche concernenti l'efficacia delle diverse tipologie di misure, in ordine agli esiti raggiunti, dimostra come la prevenzione attuata con strumenti diversi dall'intervento penale possa fornire risultati concreti: si calcola, infatti, che la maggiore incidenza sia stata prodotta dall'introduzione della patente a punti e dal sistema di controllo delle velocità medie sulle autostrade²⁹. Ovviamente i dati richiamati riguardano il numero di vittime della strada complessivamente considerato e, cioè, tanto la vittime di meri incidenti stradali, quanto di fatti delittuosi, ma, essendo, senz'altro, prevalente, in questo campo, la ricorrenza di comportamenti colposi, è evidente che la riduzione del fattore di rischio determina, altresì, una diminuzione, in percentuale, dei delitti commessi e, dunque, del corrispondente fenomeno di vittimizzazione primaria. Se questi sono, in estrema sintesi, i concreti vantaggi di una tutela *ante delictum* sviluppata su basi extrapenali, senza dimenticare l'illegittimità del perseguimento di finalità di deterrenza per il tramite di norme penali, è

²⁶ V. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di "femminicidio"*, cit., 18.

²⁷ Il testo del PNSS 2001-2010 è disponibile sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, all'indirizzo www.mit.gov.it.

²⁸ Anche il testo del PNSS-Orizzonte 2020 è disponibile all'indirizzo web indicato nella nota precedente.

²⁹ Si tratta dei dati, relativi al PNSS 2001-2010, riportati nel testo del PNSS-Orizzonte 2020, cit., 40 ss., al quale si rinvia per maggiori approfondimenti.

ragionevole attendersi che l'efficacia, sotto questo aspetto, dei nuovi artt. 589-*bis* c.p. e 590-*bis* c.p., introdotti con la n. 41/2016, sarà notevolmente inferiore e che, ancora una volta, all'incoerente introduzione di norme di carattere emergenziale finiscano per non corrispondere significativi decrementi del fenomeno criminale che esse tendono a contrastare.

Un corretto utilizzo del diritto penale come *extrema ratio*, l'esigenza irrinunciabile di contenerne l'intervento in relazione a condotte esteriormente riconoscibili e socialmente dannose, il rispetto della funzione costituzionale della pena come integrazione sociale - in tutte e tre le fasi della minaccia, dell'infrazione e dell'esecuzione - ed il contestuale rifiuto di illegittime prospettive di strumentalizzazione dell'individuo per finalità di mera deterrenza, oltre che non trascurabili ragioni di efficienza, suggeriscono, in definitiva, di privilegiare forme di prevenzione della vittimizzazione di carattere extrapenale, con particolare riferimento al modello della c.d. prevenzione sociale³⁰, teso a rimuovere le cause stesse della criminalità, secondo quanto richiesto dai fondamenti solidaristici delle moderne democrazie. Tali misure dovrebbero essere introdotte, ove mancanti, e potenziate, nei settori in cui già risultino operanti. Si tratta, senz'altro, di un impegno a lungo termine e dal costo elevato, ma anche dell'unica tipologia di interventi che possano far nascere «una vera e propria *cultura della vittima*»³¹ e, dunque, garantirne una seria e concreta tutela *ex ante*³².

4. La tutela *ex post* delle vittime reali

Si è già accennato³³ che tra le tipologie d'intervento di cui il potere pubblico dispone a protezione delle vittime di reati figurano, accanto alle misure penali o extrapenali di prevenzione dei fenomeni di vittimizzazione - finalizzate, dunque, a salvaguardare le vittime potenziali -, forme di tutela dirette alle vittime reali e destinate a svolgere, nei loro confronti, dopo la commissione del reato - che, evidentemente, non si è riusciti a prevenire - una funzione di ti-

³⁰Per un'efficace sintesi dei modelli di prevenzione extrapenale, che vede affiancarsi alla c.d. prevenzione sociale, la c.d. prevenzione comunitaria, che postula la partecipazione della comunità al controllo dello spazio (ad esempio, forme di autotutela dei cittadini residenti in un quartiere), e la c.d. prevenzione situazionale, volta a creare ostacoli alla commissione di reati in un certo contesto (ad esempio, mediante sistemi di antifurto o di videosorveglianza), v. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*,², cit., 60, che sottolinea come la prevenzione sociale sia l'unica immune da derive securitarie.

³¹ DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione delle vittime*, cit., 714.

³² V. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna 2014, 929.

³³ V. *supra* par. 1.

po satisfattivo-riparatorio in senso ampio³⁴. Tra queste viene in rilievo, anzitutto, l'istituto del risarcimento del danno derivante dal reato, da considerare anche sotto il profilo della riparazione pubblica; meritano, poi, di essere considerate le "tracce" di "giustizia riparativa" attualmente rinvenibili nell'ordinamento italiano.

4.1. Il risarcimento del danno derivante dal reato nel sistema penale: funzione e prospettive

Com'è noto, il codice penale dedica il Titolo VII del Libro I alla disciplina delle «Sanzioni civili», prevedendo, in particolare all'art. 185 c.p. che «Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

Il risarcimento del danno derivante da reato si configura come un istituto di natura civilistica, naturalmente collegato alla costituzione della persona offesa quale parte civile nel processo penale. Tuttavia, esso conserva una propria autonomia e profili di peculiarità rispetto all'obbligo risarcitorio sancito e regolato dall'art. 2043 c.c., in conseguenza di «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto», posto che l'art. 185 c.p. riconosce, tra l'altro, la risarcibilità dei danni non patrimoniali, valutati, per lo più, sulla base di criteri penalistici³⁵.

Nonostante la sua natura civilistica, il risarcimento del danno cagionato da reato non è privo di funzioni, nel settore penale, in parte già normativamente riconosciute, laddove, nel diritto vigente, l'adempimento di obblighi risarcitori, riparatori e restitutori, in favore della vittima, viene utilizzato in prospettiva premiale, condizionando, di fatto, la concessione al reo di benefici, variamente intesi: si pensi - in termini meramente esemplificativi³⁶ - alla circostanza attenuante del ravvedimento operoso, prevista dall'art. 62, n. 6, c.p.; alla concessione della sospensione condizionale della pena, che può e, in alcuni casi, deve essere subordinata all'adempimento di simili obblighi da parte del condannato (art. 165 c.p.); alla possibilità di essere ammesso all'oblazione specia-

³⁴ Esorbita dal campo della nostra indagine quella forma di tutela *ex post* consistente nel consentire e disciplinare la partecipazione della persona offesa al processo penale, al fine di limitare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria.

³⁵ Così DEL TUFO, *Vittima del reato*, cit., 1000, che indica tali criteri nella gravità dell'offesa e nel tipo ed intensità dell'elemento psicologico.

³⁶ V., più ampiamente, VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 269 ss.; in argomento, v. già MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 543 ss.

le (art. 162-*bis* c.p.), che viene meno in caso di mancata (possibile) eliminazione, ad opera del contravventore, delle conseguenze dannose o pericolose del reato; come pure alla liberazione condizionale (art. 176 c.p.) ed alla riabilitazione (art. 179 c.p.), vincolate all'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato. Senza trascurare che, in sede di commisurazione della pena da infliggere in concreto, il giudice, nel valutare la «capacità a delinquere del colpevole», deve tener conto anche della condotta del reo susseguente al reato (art. 133, co. 2, n. 3, c.p.), verosimilmente comprensiva dell'avvenuta riparazione del danno³⁷.

Un simile impiego degli oneri *lato sensu* riparatori andrebbe senz'altro valorizzato³⁸, non solo in vista delle esigenze della vittima, ma anche e soprattutto, con riguardo al reo, in considerazione dell'opportunità di collegare la logica della premialità ad un serio intento specialpreventivo di segno positivo, anziché ridurla a mera espressione di uno sterile indulgenzialismo, come spesso accade nella prassi.

Ma la valorizzazione dell'istituto del risarcimento, in ambito penale, potrebbe spingersi oltre quanto previsto nell'attuale realtà normativa. Più che assegnare al risarcimento del danno, civilisticamente inteso, il ruolo di "pena privata"³⁹, si tratterebbe di riconoscere il significato ad esso attribuibile all'interno dello stesso sistema penale, con particolare riferimento ai fini della pena. Come autorevolmente evidenziato da Roxin⁴⁰, ciò consentirebbe di superare il principale ostacolo alla legittimazione dell'utilizzo del risarcimento in ambito penalistico: la rigida separazione tra diritto civile e diritto penale, che si fonda sull'irriducibile alterità tra il destinatario del risarcimento, vale a dire un soggetto privato, e quello della pena, identificabile nello Stato, nonché sulla diversità degli scopi riconducibili all'uno - la soddisfazione della vittima - ed all'altra - retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale -. Ebbene, l'individuazione di tale significato nella possibilità per il risarcimento di produrre effetti nel segno della prevenzione generale e di quella speciale, che rappresentano l'unico fine razionale della pena in un diritto penale moderno, e precisamente in rapporto agli aspetti positivi di entrambe le forme di pre-

³⁷ Cfr. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, II, cit., 1162.

³⁸ Con riferimento alla disciplina della sospensione condizionale della pena, v. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 1004-1005.

³⁹ Il riferimento è al risarcimento del danno non patrimoniale. Esamina criticamente tale possibilità BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, 69 ss.

⁴⁰ V. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.

venzione⁴¹, consentirebbe la configurazione giuridica del risarcimento medesimo, nel sistema penale, come «una sanzione autonoma nella quale convivano elementi di ordine civilistico e penalistico»⁴². Così inteso, il risarcimento costituirebbe una sorta di terzo binario del diritto penale, collocato al fianco della pena e delle misure di sicurezza e fondato sul principio di sussidiarietà, in quanto «potrebbe sostituire la pena o, integrandola, mitigarla nei casi in cui corrisponda ai fini di quest'ultima ed alle necessità della vittima allo stesso modo ovvero meglio di una pena assolutamente intangibile»⁴³.

4.1.1. La riparazione pubblica e i fondi di garanzia

Nelle ipotesi in cui la vittima non riesca ad ottenere alcuna forma di risarcimento né da parte dell'autore del reato, né per altra via, ad esempio per l'intervento di compagnie assicurative, viene in considerazione la possibilità che si configuri un obbligo risarcitorio a carico dello Stato, in funzione solidaristica ed a carattere sussidiario. Meno convincente appare, invece, l'idea di una riparazione pubblica, quale strumento di controllo sociale, che, in un'ottica repressiva, operi, senza distinzioni, in via principale e sostitutiva del risarcimento privato⁴⁴, fermo restando che «gli obiettivi di difesa sociale e di politica criminale non confliggono e, anzi, si conciliano con gli imperativi di solidarietà pubblica»⁴⁵, senza, tuttavia, rivestire rispetto ad un eventuale intervento statale in riparazione delle vittime di (determinati) reati un ruolo fondante.

La prospettiva di un risarcimento pubblico alle vittime del reato, la cui prima esperienza risale al Codice Leopoldino del 1786 e al Codice penale del Regno delle due Sicilie del 1819, trovò riconoscimento nelle teorizzazioni della Scuola Positiva, sia pure in chiave prevalentemente repressiva, per poi scomparire dalla legislazione e dalla cultura penalistica italiana, approdare nel mondo anglosassone ed espandersi, successivamente, nei Paesi di tradizione germanica e mitteleuropea⁴⁶.

⁴¹ Così ancora ROXIN, *op. ult. cit.*, 16 ss.

⁴² ROXIN, *op. ult. cit.*, 21.

⁴³ ROXIN, *op. ult. cit.*, 22.

⁴⁴ Sui due orientamenti contrapposti, richiamati nel testo, v. AMODIO, *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto*, in *Pol. dir.*, 1973, 403 ss.

⁴⁵ CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1990, 324, che si esprime, dunque, a favore della *ratio* solidaristica e del connesso carattere sussidiario dell'intervento risarcitorio ad opera dello Stato. Così, pure, DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione delle vittime*, cit., 712-713.

⁴⁶ Ricostruisce tali passaggi CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, cit., 283 ss.

L'istituzione, a livello nazionale, di forme di riparazione statale in favore delle vittime - anche se parzialmente diversificate quanto a presupposti e modalità del risarcimento⁴⁷ - è stata sollecitata e favorita da alcuni documenti internazionali, volti a costituire obblighi, in tal senso, in capo agli Stati aderenti. In proposito, vengono in rilievo atti, quali: la *Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti* del 1983, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa; la risoluzione n. 40/34 dell'Assemblea generale dell'Onu, del 1985, contenente la *Dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere*; ed ancora la *Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato*.

L'Italia, che non ha mai firmato la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1983, è rimasta inerte di fronte agli stimoli derivanti dalla Risoluzione Onu, di poco successiva, ed è stata per molto tempo inadempiente rispetto ai vincoli comunitari, nascenti dalla direttiva del 2004.

Al riguardo, va ricordato che il mancato recepimento, entro il termine perentorio del 1° gennaio 2006, della Direttiva 2004/80/CE ha comportato una condanna dello Stato italiano, da parte della Corte di Giustizia, all'esito di un apposito ricorso per inadempimento⁴⁸. Per rimediare alla riconosciuta violazione degli obblighi comunitari, il legislatore italiano ha, quindi, emanato il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 204, formalmente destinato all'«Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato», ma solo parzialmente fedele, nei contenuti, a quanto indicato nella rubrica. Infatti, anziché predisporre un indennizzo pubblico per l'intera categoria dei reati intenzionali violenti, come richiesto dall'atto europeo, il decreto legislativo ne limita l'operatività ai danni derivanti da illeciti penali per i quali la riparazione pubblica sia stata specificamente prevista, confermando la prospettiva settoriale che - come si rileverà a breve - caratterizza i 'fondi di garanzia' istituiti nel nostro Paese.

Con riferimento ai vincoli o, comunque, alle influenze derivanti dalla dimensione sovranazionale, il mancato attivarsi dello Stato italiano in merito alla predisposizione di forme di riparazione pubblica alle vittime di reato ha lungamente contraddetto, peraltro, i principi sanciti dalla Corte di Giustizia della (allora) Comunità europea⁴⁹, ancor prima dell'istituzione dell'Unione. Nella

⁴⁷ V. DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione delle vittime*, cit., 713-714.

⁴⁸ V. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 107.

⁴⁹ Ricordiamo, infatti, che a seguito delle modifiche ai trattati europei introdotte dal c.d. Trattato di Lisbona, in vigore dal 1° dicembre 2009, «L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea» (art. 1

sentenza sul caso *Cowan c. Trésor public*⁵⁰ del 1989, la Corte fu, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, all'epoca sancito dall'art. 7 CEE⁵¹, di una norma francese, che limitava il diritto all'indennizzo a carico dello Stato, previsto in quell'ordinamento, alle sole vittime di reati che avessero la cittadinanza francese o quella di uno Stato con il quale intercorressero condizioni di reciprocità per il risarcimento statale o, ancora, che fossero titolari di un permesso di residenza. Nel riconoscere l'esistenza del contrasto tra i requisiti richiesti dalla legge francese per accedere all'indennizzo pubblico ed il principio comunitario di non discriminazione, la Corte di Giustizia, in quell'occasione – formulando un orientamento destinato a consolidarsi⁵² –, mise in stretta correlazione l'esigenza di protezione delle vittime di reati con la libertà di circolazione delle persone tra gli Stati membri della Comunità, com'è noto posta a fondamento della stessa esistenza della realtà comunitaria. Più precisamente, a parere della Corte, il cittadino di uno Stato membro che eserciti il diritto di spostarsi liberamente nel territorio di un altro Stato, per il principio di non discriminazione, deve godere della protezione dai danni, che in esso può subire, allo stesso modo di un cittadino di quello Stato o di una persona che vi risieda stabilmente. E queste argomentazioni, riferite alla realtà attuale del diritto dell'Unione, inducono ad osservare che «le disparità di trattamento delle vittime contravvengono vistosamente alle esigenze di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come creato dal Trattato istitutivo»⁵³. Non a caso, «i diritti delle vittime della criminalità» figurano, all'art. 82, par. 2, lett. c), TFUE, tra le materie oggetto delle direttive, che il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, al fine di armonizzare gli ordinamenti degli Stati membri, «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale», settore chiave nella costruzione dello «spazio di libertà sicurezza e giustizia».

TUE), che conseguentemente ha cessato di esistere.

⁵⁰ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Ian Cowan c. Tresor public*. V. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 648-649; DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione delle vittime*, cit., 711.

⁵¹ Attualmente il principio di non discriminazione è sancito dall'art. 18 TFUE.

⁵² V., ad esempio, in senso conforme, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 5 giugno 2008, causa C-164/07, *James Wood c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*.

⁵³ AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, cit., 649.

Soltanto di recente, con la «legge europea 2015-2016», l'Italia si è realmente adeguata alla Direttiva 2004/80/CE - diversamente da quanto era accaduto con il d.lgs. n. 204/2007, solo nominalmente emanato in attuazione dell'atto europeo -, ponendo fine, così, all'ulteriore procedura d'infrazione avviata, nei suoi confronti, dalla Commissione europea (C-601/14).

L'art. 11 della l. 7 luglio 2016, n. 122, al primo co., dispone che «Fatte salve le provvidenze in favore delle vittime di determinati reati previste da altre disposizioni di legge, se più favorevoli, è riconosciuto il diritto all'indennizzo a carico dello Stato alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona e comunque del reato di cui all'articolo 603 *bis* del codice penale, ad eccezione dei reati di cui agli articoli 581 e 582, salvo che ricorrano le circostanze aggravanti previste dall'articolo 583 del codice penale». Come chiarito dal secondo comma, «L'indennizzo è elargito per la rifusione delle spese mediche e assistenziali, salvo che per i fatti di violenza sessuale e di omicidio, in favore delle cui vittime, ovvero degli aventi diritto, l'indennizzo è comunque elargito anche in assenza di spese mediche e assistenziali». La vittima di un reato doloso violento potrà ottenere l'indennizzo quando ricorrano le condizioni stabilite nell'art. 12 della legge citata e alle relative domande, da presentare con le forme e nei termini indicati dall'art. 13 della l. n. 122/2016, provvederà il «Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura», che, per effetto del successivo art. 14, è destinato - e intitolato - anche all'indennizzo delle vittime «dei reati intenzionali violenti».

Il fondo così riformato appartiene al novero dei “fondi di garanzia” o “di solidarietà”, che hanno lungamente rappresentato le uniche forme di intervento pubblico a favore delle vittime di reato, previste nell'ordinamento italiano. Tali fondi sono finalizzati al perseguimento di scopi assistenziali più che risarcitori⁵⁴ e destinati ad operare in relazione a specifici fenomeni criminali, quali il terrorismo, la criminalità organizzata, l'estorsione e l'usura⁵⁵.

⁵⁴Cfr. BELLANTONI, *La riparazione alle vittime del reato tra istanze “risarcitorie” e politica “assistenziale”*, in *Ind. pen.*, 1985, 535 ss.

⁵⁵Si pensi, per esempio, al «Fondo di garanzia per le vittime della strada», istituito con l. 24 dicembre 1969, n. 990, poi abrogata e sostituita dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, recante il «Codice delle assicurazioni private»; alla «Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto», istituita con l. 26 luglio 1975, n. 354 e soppressa, in quanto “ente inutile”, con la l. 21 ottobre 1978, n. 641; alle «Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche», disposte con la l. 13 agosto 1980, n. 466 ed estese a stranieri ed apolidi dalla l. 4 dicembre 1981, n. 720; al «Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura», istituito con l. 7 marzo 1996, n. 108 e ulteriormente regolato con l. 23 febbraio 1999, n. 44; e, infine, al «Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso», istituito con l. 22 dicembre 1999, n. 512 e, nel 2010, accorpato al fondo di cui alla l. n. 44/1999. Per un sintetico, ma efficace esame dei testi

4.2. Le attuali *chances* ed i possibili sviluppi della “giustizia riparativa” nell’ordinamento italiano

Nell’ambito della tutela *post delictum*, offerta alle vittime, vanno considerati gli spazi attualmente riservati a forme di definizione anticipata del processo, nonché all’istituto della mediazione penale, paradigmatico del coinvolgimento della vittima nella fase successiva alla consumazione del reato. Com’è noto, tali spazi sono stati recentemente ampliati, per effetto della L. 28 aprile 2014, n. 67⁵⁶, con l’estensione agli adulti⁵⁷, per reati di lieve e media gravità⁵⁸, della sospensione del procedimento con messa alla prova – in passato contemplata soltanto nell’ambito del processo minorile *ex art. 28, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448* – e, contestualmente, con la previsione della mediazione tra le possibili condizioni a cui collegare la messa alla prova, sì da attribuirle funzionalità anche al di fuori della giustizia minorile e del procedimento dinanzi al giudice di pace (art. 29, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), che in precedenza ne costituivano le uniche sedi operative⁵⁹.

Di sicuro interesse, per la prospettiva che ci occupa, è il collegamento della messa alla prova dell’imputato adulto – e dell’effetto estintivo del reato, conseguente all’esito positivo della prova – con la «prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, [con] il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», secondo quanto previsto dal nuovo art. 168-*bis* c.p., che dispone anche l’affidamento dell’imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un apposito programma, corredato di possibili prescrizioni, e, quale condizione a cui è subordinata la concessione della messa alla prova, la prestazione di lavoro di pubblica utilità. La mediazione – che non compare nel testo delle disposi-

legislativi istitutivi dei principali fondi di garanzia si rinvia a VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, cit., 313 ss.

⁵⁶La l. n. 67/2014 è rubricata «Deleghe al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili».

⁵⁷Ad esclusione dei delinquenti e contravventori abituali, dei delinquenti professionali e per tendenza (art. 168 *bis*, co. 5, c.p.), e con il limite di concedibilità del beneficio per non più di una volta (art. 168 *bis*, co. 4, c.p.).

⁵⁸La sospensione con messa alla prova può essere richiesta dall’imputato «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell’articolo 550 del codice di procedura penale» (art. 168 *bis*, primo comma, c.p.).

⁵⁹Cfr. DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell’adulto*, in *Quest. giust.*, 2013, 9; nonché, più di recente, nella manualistica, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2017, 671 ss.

zioni del codice penale di recente introduzione (art. 168-*bis* c.p. ss.) - è indicata dal nuovo art. 464-*bis* c.p.p. tra le previsioni contenute nel programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna ovvero oggetto di richiesta a quest'ultimo, da allegare all'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, presentata dall'imputato.

Dunque, nella disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova di soggetti adulti, la logica della premialità viene declinata in una prospettiva special-preventiva, in cui trovano posto istanze di pacificazione sociale e di tutela *ex post* della vittima, destinataria di condotte variamente riparatorie e partecipe di un possibile percorso di mediazione.

Non si può, tuttavia, tacere la contraddizione insita in un istituto, che presenta un innegabile contenuto afflittivo, ma che «trovando applicazione in una fase anticipata rispetto alla condanna, prescinde da un accertamento della responsabilità del soggetto, con la conseguenza che l'imputato andrà incontro a un trattamento sanzionatorio senza che tuttavia possa essere considerato autenticamente responsabile per il fatto commesso»⁶⁰.

Si è parlato, in proposito, di una “cripto-condanna”, osservando che «il rito speciale di nuovo conio si presenterebbe come l'applicazione di una vera e propria sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo (il lavoro di pubblica utilità) agli imputati che ne facessero richiesta: una sanzione sostitutiva che verrebbe tuttavia scontata, sotto le mentite spoglie della “messa alla prova”, in sede processuale anziché in sede esecutiva; e alla cui esecuzione farebbe seguito - nel caso, rispettivamente, di osservanza o inosservanza degli obblighi connessi allo strumento punitivo - il proscioglimento dell'imputato anziché un normale “fine pena”, magari accompagnato da una successiva estinzione del reato e degli effetti penali, oppure il riavvio del processo anziché il ripristino della pena sostituita o l'assoggettamento del reo a una nuova e autonoma misura sanzionatoria»⁶¹.

E, invero, sul piano dei principi - quali, soprattutto, l'uguaglianza, la legalità, l'obbligatorietà dell'azione penale, la presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa - appare, quanto meno, problematica la praticabilità di forme alternative di definizione del processo penale, che, pur in assenza di un ritua-

⁶⁰BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2. V. anche TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *questa Rivista*, 2015, 2, che sottolinea anche l'intento deflattivo che ha accompagnato l'introduzione del nuovo istituto.

⁶¹CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9.

le accertamento di responsabilità dell'autore per il fatto oggetto di giudizio, finiscano per presupporne, più o meno implicitamente la colpevolezza, quand'anche esse favoriscano una contrazione del classico intervento penale, di carattere meramente repressivo, a vantaggio di modelli alternativi di composizione del conflitto nascente dal reato, che tutelino gli interessi della vittima e, al tempo stesso, risultino compatibili con le esigenze della sussidiarietà e con gli scopi generali e speciali della prevenzione, intesa nell'accezione positiva⁶². Rilievi critici⁶³ che apparivano riferibili all'utilizzo della mediazione in ambito penale ancor prima che si stabilisse l'attuale collegamento con la sospensione del procedimento di cui all'art. 168-*bis* c.p. e che valgono, a maggior ragione, alla luce di tale novità, così come, in una prospettiva *de lege ferenda*, continua a risultare preferibile, ai fini di una composizione extragiudiziale del conflitto autore/vittima del reato, una soluzione pre-processuale, che presenterebbe «il vantaggio di sottrarsi, almeno in parte ai profili di contrasto con i principi di un procedimento penale»⁶⁴, con l'ulteriore precisazione che «per quel che concerne le fasi processuali e post-processuali, talune delle esigenze di fondo a cui risponde l'idea di mediazione possono trovare riscontro tramite un'adeguata valorizzazione della riparazione del danno da un lato, e, dall'altro, privilegiando all'interno del trattamento penale prospettive di riconciliazione con la vittima»⁶⁵.

A proposito dell'accoglimento di istanze riparatorie nella legislazione vigente, va segnalato che la L. 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario» e nota come «Legge Orlando», oltre a contenere una delega al governo, nell'ambito della prospettata riforma dell'ordinamento penitenziario, alla «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative» (art. 1, co. 85, lett. f), ha introdotto una nuova causa di «Estinzione del reato per condotte riparatorie», inserendo nel codice penale l'art. 162 *ter*, nel testo previsto dal d.d.l. n. 2067⁶⁶, tendente,

⁶² V. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1997, 811 ss.

⁶³ Per i quali v. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse. Atti del Convegno Internazionale*, a cura di Ferrara, Pucciarelli e Troisi, Avellino, 2006, 41 ss.

⁶⁴ MOCCIA, *op. ult. cit.*, 51. Nella direzione di un "trasferimento" della messa alla prova, con il relativo contenuto di carattere riparatorio/conciliativo, ad una fase post-processuale sembra orientarsi la soluzione formulata da VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1302-1303.

⁶⁵ MOCCIA, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ Il d.d.l. n. 2067 - intitolato «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il raffor-

in via principale, a soddisfare esigenze deflattive del sistema giudiziario e penitenziario.

Per quel che qui interessa, l'entrata in vigore dell'art. 162-ter c.p.⁶⁷ ha segnato l'ingresso nella giustizia ordinaria di quella che, in passato, costituiva unicamente una forma di definizione alternativa del procedimento davanti al giudice di pace, prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000.

Mentre, tuttavia, il giudice di pace, ai sensi della norma da ultimo citata, può pronunciare la sentenza di estinzione del reato, per effetto delle condotte riparatorie tenute dall'imputato prima dell'udienza di comparizione, «solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione», un simile margine di discrezionalità, volto a limitare la concessione del beneficio ai casi in cui essa si riveli compatibile con esigenze politico-criminali di tipo general e specialpreventivo, non è previsto in riferimento all'istituto disciplinato dall'art. 162 ter c.p.

zamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena» - ed il relativo dossier di documentazione sono consultabili all'indirizzo web www.senato.it.

⁶⁷L'art. 162 ter c.p. dispone: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato 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 ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo. Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'art. 240, secondo co. Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie». Rispetto al testo dell'art. 162-ter c.p. prospettato nel d.d.l. n. 2067, quello entrato in vigore per effetto della Legge Orlando differisce soltanto per il riferimento al termine massimo dei novanta giorni dalla scadenza stabilita per il risarcimento - ai fini della fissazione dell'udienza successiva all'accoglimento della richiesta di proroga, da parte dell'imputato che dimostri di non aver potuto adempiere entro il termine di cui al primo comma, per fatto a lui non imputabile - e per l'aggettivo "positivo" riferito all'esito delle condotte riparatorie, in chiusura della disposizione. L'istituto apparentemente richiama il "recesso attivo a carattere compensativo", indicato da ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 14, come uno dei modi in cui «il risarcimento del danno può essere introdotto per decriminalizzare condotte attualmente punibili e per tenerle, quindi, *ab origine* fuori dal settore della giustizia penale»; quest'ultimo, però, dovrebbe operare, in riferimento a reati contro il patrimonio, «se l'autore risarcisce il danno prima che l'autorità sia venuta a conoscenza del fatto da lui commesso». Nella manualistica, sul nuovo art. 162-ter c.p., cfr., di recente, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 575 ss.

L'automatismo a cui, di fatto, quest'ultimo sembrerebbe sottoposto, nonché la possibilità, prevista ai fini del suo funzionamento, di riconoscere il risarcimento del danno «anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo», tradiscono la prevalente finalità deflattiva della recente riforma. In essa restano, evidentemente, assorbite le reali esigenze soddisfattorie della vittima, la cui volontà non rileva ai fini della produzione dell'effetto estintivo, purché il risarcimento offerto dall'imputato appaia congruo al giudice. Trattandosi di una causa estintiva del reato destinata ad operare «nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione», la circostanza che essa possa prescindere dalla volontà della persona offesa, di fatto priva quest'ultima del potere di decidere della punibilità (in astratto) del fatto commesso ai suoi danni; un potere che le competerebbe, in via esclusiva, in quanto titolare del diritto di presentare querela e di rimetterla. Con riguardo alla vicenda estintiva del reato, collegata alla remissione della querela, ne deriva, di fatto, un capovolgimento nei rapporti tra il querelante, che non può opporsi a questa sorta di monetizzazione della remissione della querela, posta nella pressoché totale disponibilità del querelato, e quest'ultimo, che, al contrario, può ricusare la remissione offerta dal querelante ai sensi dell'art. 155 c.p.

Alla ricerca di tracce di “giustizia riparativa”⁶⁸ nell'ordinamento italiano, attuali o attuabili in una prospettiva futura, va fatto un cenno al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, co. 3, della L. 28 aprile 2014, n. 67», che, in esecuzione della delega legislativa contenuta nella legge citata nel titolo, ha contribuito – insieme al d.lgs. n. 8/2016 – ad attuare un'opera di depenalizzazione (in senso ampio)⁶⁹, prevedendo l'abrogazione di una serie di reati, ritenuti di minor allarme sociale, per i quali, al posto della sanzione penale, viene introdotta, in aggiunta al risarcimento del danno in favore della persona offesa, una “sanzione pecuniaria civile”.

La categoria delle “sanzioni pecuniarie civili” rappresenta una novità per il diritto italiano e appare – a prima vista – assimilabile a quella dei c.d. *punitive damages* o danni punitivi⁷⁰, previsti nei sistemi di *Common law*, in ipotesi di

⁶⁸V. COLAMUSSI - MESTITZ, *Giustizia riparativa*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 2010, 423 ss.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 43 ss.

⁶⁹In primo commento, v. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁰V., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, P. PARDOLESI, *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*

responsabilità extracontrattuale, e consistenti in somme di denaro che il convenuto soccombente può essere condannato a pagare al danneggiato, in misura ulteriore rispetto al risarcimento dei danni da questo effettivamente subiti, nel caso in cui abbia agito con dolo (*malice*) o colpa grave (*gross negligence*). I danni punitivi posseggono, evidentemente, una funzione sanzionatoria, orientata a finalità di deterrenza, oltre a ristorare la vittima per il pregiudizio sofferto e a ricompensarla per essersi impegnata ad affermare il proprio diritto, contribuendo, al tempo stesso, a ristabilire e rafforzare l'ordine legale.

Di tenore analogo - e più vicine alla cultura giuridica nostrana⁷¹ - le c.d. pene private, espressione con cui vengono designate, nell'ambito del diritto civile, sanzioni pecuniarie inflitte ad un soggetto privato su iniziativa e a vantaggio di un altro, al di là del risarcimento del danno, in funzione - anche qui - sanzionatoria e preventiva e tenuto conto dell'indebito arricchimento che l'autore del fatto illecito, doloso o gravemente colposo, potrebbe trarre dallo stesso, in via residuale rispetto alla riparazione dovuta alla persona danneggiata. «In altri termini, la pena privata si rivelerebbe l'unico strumento veramente efficace quando l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del risarcimento, essendo ancorata al limite del danno, è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita»⁷².

Ebbene, i fatti trasformati in illeciti civili per effetto del d.lgs. n. 7/2016 ed indicati all'art. 4 dello stesso, «se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita» (art. 3, d.lgs. n. 7/2016). Quest'ultima costituisce, in definitiva, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento alla commissione dell'illecito civile (e non più penale), ma la sua attivazione è, di fatto, rimessa all'iniziativa della persona che assume di aver subito un danno, in dipendenza di quell'illecito, a condizione che venga dimostrata la condotta dolosa del soggetto convenuto. E, infatti, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 7/2016, «Le sanzioni pecuniarie civili sono applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno. Il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa [...]».

Da questo punto di vista, le nuove sanzioni pecuniarie civili sembrerebbero operare nella direzione di un potenziamento delle prerogative della vittima -

(*Sez. civ. - Agg.*), Torino, 2007, I, 452 ss.

⁷¹ V., in una prospettiva multidisciplinare, *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, cit., *passim*.

⁷² MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 781.

sul presupposto della coincidenza tra questa e il titolare del danno risarcibile -, senonché l'art. 10 del d.lgs. n. 7/2016 dispone chiaramente che «Il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende».

Sotto tale aspetto, le sanzioni pecuniarie civili si distinguono sia dai *punitive damages*, che dalle pene private, posto che gli uni e le altre si rivolgono in favore dello stesso soggetto a cui è riconosciuto il risarcimento del danno, con il risultato che, nella nuova categoria di sanzioni, i cui proventi sono devoluti alla Cassa delle ammende, la *ratio* afflittiva - normalmente tipica della sanzione penale - appare assolutamente prevalente su eventuali finalità di tutela *ex post* della persona offesa. Se, invece, le relative somme fossero attribuite alle vittime reali degli illeciti concretamente sanzionati ovvero ad enti, casse o fondi istituiti per scopi di rappresentanza, assistenza o garanzia della categoria di vittime danneggiata da quei fatti, anche le sanzioni pecuniarie civili sarebbero annoverabili tra le misure poste a protezione delle vittime, dopo l'avvenuta consumazione del reato (*rectius* illecito civile), in senso latamente risarcitorio ovvero in funzione di finanziamento delle strutture a vario titolo e in vario modo dedicate a fornire alle vittime medesime un'adeguata attività assistenziale ed un significativo sostegno, più o meno diretto⁷³.

6. Considerazioni conclusive

In definitiva, il rinnovato interesse per la vittima non appare, in sé, incompatibile con i principi di una politica criminale da Stato sociale di diritto. Tuttavia, perché questi siano opportunamente rispettati, con quel che ne segue in termini di effettività e di coerenza - oltre che di legittimità - delle misure predisposte in favore delle vittime, è necessario che le relative esigenze di tutela trovino risposta in settori diversificati dell'intervento pubblico. Ciò significherebbe riservare al diritto penale, in osservanza del canone di sussidiarietà e delle funzioni che ad esso competono in un ordinamento liberal-solidaristico, il compito di tutelare beni giuridicamente e socialmente rilevanti da condotte, esteriormente riconoscibili, che siano idonee a ledere o a mettere concretamente in pericolo tali beni, escludendo, dunque, che esso possa essere utilizzato per fini di esasperata prevenzione dei fenomeni criminali e, cioè, in una prospettiva intimidativo-deterrente, contrastante con la funzione costituzionale della pena come integrazione sociale. La rinuncia ad un uso simbolico del diritto penale, irragionevolmente diversificato per tipo di vittima ed espres-

⁷³Per tale forma di tutela *ex post*, v. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 68 ss.

sione di una discutibile logica emergenziale, lascerebbe scoperti spazi di intervento attualmente occultati dall'adozione di provvedimenti normativi frettolosi, caotici, sistematicamente incoerenti e, per questo, inefficaci, mettendo a nudo la necessità di un serio impegno politico, sociale, economico e culturale in senso ampio per la tutela *ex ante* delle potenziali vittime di reati, più o meno allarmanti.

Quanto, poi, alla tutela *ex post* delle vittime reali, accanto alle misure processuali volte ad evitare fenomeni di "vittimizzazione secondaria" ed alla predisposizione e valorizzazione di idonee strutture di aiuto e supporto alle vittime, un ruolo significativo può essere riconosciuto all'istituto del risarcimento del danno, che - al di fuori dell'ambito, civilistico, di appartenenza - appare, comunque, in grado di dare espressione ad importanti scopi di pacificazione sociale. Invero, tali scopi, non estranei ad una legittima funzione della pena, risultano, in generale, riconducibili alle misure di carattere riparatorio, ivi comprese forme di riparazione pubblica in favore delle vittime di reati, che pure meritano un'attenta valutazione. Ancora, nella prospettiva di un auspicabile collegamento tra le istanze di tutela delle vittime reali e le finalità di prevenzione speciale positiva, che la pena è destinata ad assolvere nei confronti dell'autore del reato, i comportamenti, a vario titolo, satisfattori, tenuti da quest'ultimo, nei confronti della persona offesa, dovrebbero rappresentare - come già, in alcuni casi, rappresentano - condizione indispensabile per l'accesso ad istituti di carattere premiale. Esperienze di conciliazione extragiudiziale potrebbero, infine, trovare una collocazione adeguata nell'ambito dello stesso trattamento penale - dunque, in una fase successiva al necessario accertamento di responsabilità -, eventualmente incidendo sui contenuti e la durata di quest'ultimo, ma senza arrivare a comportare forme di privatizzazione della giustizia, incompatibili con l'irrinunciabile monopolio pubblico della potestà punitiva.