

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

ELISABETTA GUIDO

Vittima del reato e tutela processuale a due facce

L'obbligo di conformarsi alle indicazioni eurounitarie relative alla vittima del reato ha spinto il nostro ordinamento processuale a garantire tutela all'offeso dal reato, dapprima sotto il profilo della sua protezione dal e nel processo, più di recente aprendo alla prospettiva della soddisfazione dell'esigenza di riparazione, attraverso l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa. Prendendo le mosse dalla centralità che la posizione della vittima ha via via assunto nel discorso sulla giustizia penale, il presente lavoro analizza il rapporto tra diritti della vittima e garanzie del giusto processo, cogliendo i nodi problematici insiti nel bilanciare interessi contrapposti e ciò non soltanto in sede di accertamento penale ma anche in relazione alla nuova procedura riparativa.

Victim of the crime and two-sided procedural protection

The duty to comply with the European Union indications concerning the victim of crime has led our procedural system to provide protection for the latter both in the context of the trial and, more recently, with respect to the reparation of damages, through the introduction of a systematic regulation for restorative justice. Moving from the centrality that the victim's position has gradually assumed in the criminal justice debate, this paper analyses the relationship between the victim's rights and due process safeguards, highlighting the issues of balancing opposing interests both in criminal proceedings and in the new restorative procedure.

SOMMARIO: 1. Sulla parete della giustizia penale. - 2. Lungo la via della difesa: il passaggio (problematico) dell'incidente cautelare. - 3. *Segue.* La chiudatura (debole) dell'incidente probatorio. - 4. Lungo la via dell'efficienza: il senso della giustizia riparativa. - 5. *Segue.* Regole di bilanciamento. - 6. Orizzonti futuri, visti di lassù.

1. *Sulla parete della giustizia penale.* È da quando l'Europa ha riconosciuto la vittima come soggetto titolare di interessi da proteggere nel procedimento penale - prima con la decisione quadro 2001/220/GAI, poi, e più incisivamente, con la direttiva 2012/29/UE, c.d. "direttiva vittime", attuata nell'ordinamento interno con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 - che il tema della relativa tutela diventa questione del diritto processuale penale¹. Si avreb-

¹ Il ritorno di interesse nei confronti della vittima si deve al diritto dell'Unione europea: cfr. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici-Gaito, Milano, 2018, 145 s.; CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1791 s.; PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca d'identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. Pen.*, 2013, 3293 e ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in Allegrezza-Belluta-Gialuz-Lupária, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 7 ss. Non si ignorano gli strumenti di tutela adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa, che diversamente da quelli eurocomunitari sono mirati alla salvaguardia degli interessi di specifiche categorie di vittime vulnerabili, quali i minorenni (Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007, entrata in vigore il 1 luglio 2010 e ratificata dall'Italia con L. 1 ottobre 2012, n. 172) e le donne (Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, entrata in vigore il 1 agosto 2014 e ratificata con L. 27 giugno 2013, n.

be torto a vedere nel codice di rito una mancata considerazione per chi, il reato, lamenta di averlo subito, perché il legislatore del 1988 ne aveva chiari ruoli e poteri – in coerenza, certo, con la nuova impostazione accusatoria² – ma è un dato che la *concettualizzazione* della vittima avviene in ambito sovranazionale. Qui si radica l’idea che il reato, oltre a costituire «un torto alla società», viola i diritti individuali delle vittime (considerando n. 9 della direttiva) e da ciò muove lo sviluppo di un vero e proprio apparato di garanzie costruite allo scopo di salvaguardarle nel processo e dal processo. Dentro i confini nazionali, invece, è prevalsa una prospettiva più oggettiva, incentrata sulle conseguenze del reato: lesione del bene giuridico tutelato dalla norma violata – di qui l’uso dell’espressione «persona offesa dal reato» (libro I, titolo VI, artt. 90 ss. c.p.p.)³ – e danno risarcibile. Alla persona offesa vengono riconosciuti specifici diritti e facoltà nella fase delle indagini preliminari⁴ mentre in sede processuale, quindi dopo l’imputazione, i suoi poteri sono ritagliati in considerazione del suo ruolo-non parte, ed è ammesso l’intervento del danneggiato, titolare di interessi risarcitori e restitutori per il soddisfacimento dei quali può costituirsi parte civile⁵.

77). In tema, v. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 528 ss.; VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *questa Rivista*, 2021, 2, 7 ss.; ID., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 88 ss.

² AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, 1989, I, 534, spiega il rafforzamento del ruolo della persona offesa dal reato avvenuto con il codice del 1988 collegandolo al carattere accusatorio del rito che «spoglia il pubblico ministero dello *status* privilegiato di accusatore-giudice per ridurlo a quello di parte pubblica» e così ammette «possibili “interferenze” dei privati nell’esercizio dell’azione penale».

³ Il tecnicismo sotteso a questa terminologia è stato ritenuto indicativo della volontà legislativa di prendere le distanze dalla visione di vittima-persona, che avrebbe portato a immettere nel processo penale una carica giustizialista in mano ai privati distonica rispetto alla figura del pubblico ministero, incaricato di tutelare anche gli interessi della vittima. Cfr. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE*, cit., 1794.

⁴ Si segnalano la comunicazione dell’iscrizione nel registro delle notizie di reato (art. 335 comma 3 c.p.p.) e l’informazione circa lo stato del procedimento «decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela» (art. 335 comma 3-ter c.p.p.); l’informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.); l’interlocuzione nella procedura di proroga delle indagini (art. 406 comma 3 c.p.p.); l’opposizione alla richiesta di archiviazione (art. 410 c.p.p.), la richiesta al procuratore generale di disporre l’avocazione (art. 413 c.p.p.), il potere di richiedere al pubblico ministero di promuovere l’incidente probatorio (art. 394 c.p.p.).

⁵ Mette in evidenza la centralità del ristoro economico, obiettivo verso cui tendono gli stessi poteri attribuiti alla persona offesa nella fase delle indagini preliminari, da leggere come una sorta di «anticipazione delle prerogative» che potranno essere esercitate nella qualità di parte civile, LUPÀRIA, *Quale posi-*

L'atto di mettere a tema del procedimento penale la vittima ha comportato due effetti. Il primo è che pur continuando a utilizzare la nomenclatura tradizionale, non permane oggi sul fondo delle discussioni l'antica connotazione dell'offeso dal reato come di colui che riveste un ruolo secondario nel procedimento penale. C'è difatti consapevolezza del fatto che è al paragone della vittima per come definita e protetta a livello europeo che va misurato il rapporto tra giustizia penale e soggetto passivo del reato. Si muovono nell'alveo di tale cambiamento culturale gli interventi normativi che a partire dalla direttiva euro-unitaria si sono susseguiti nell'intento di un maggiore rafforzamento dei diritti delle vittime, soprattutto di quelle ritenute in sé vulnerabili⁶, come pure l'introduzione, in attuazione del criterio di cui all'art. 1 comma 18 L. delega 27 settembre 2021, n. 134, nel titolo IV del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁷, c.d. riforma Cartabia, di una disciplina organica della giustizia riparativa⁸,

zione per la vittima nel modello processuale italiano?, in Allegrezza-Belluta-Gialuz-Lupária, *Lo scudo e la spada*, cit., 34 s. V. anche BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 490 ss. Con le dovute precisazioni sul cambiamento comunque avvenuto con il codice del 1988 rispetto alla posizione rivestita dall'offeso sotto il codice del 1930, avendo il primo creato a favore di quel soggetto «veri e propri diritti soggettivi», come rilevava PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 52.

⁶ Da segnalare il filone normativo a tutela delle vittime di violenza di genere o domestica, su cui v. TRIGGIANI, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge "Codice Rosso", tra effettive innovazioni e novità solo apparenti*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 451 ss., settore peraltro interessato da una cospicua produzione di *extra-legal norms*, norme non cogenti (protocolli, linee-guida, direttive) disposte dalle singole Procure della Repubblica per dare concreta ed effettiva attuazione alla tutela normativamente prevista.

⁷ Il titolo è suddiviso in più capi, gli uni relativi a norme procedurali: principi, programmi, garanzie (capi I, II, III); gli altri a norme organizzative: formazione dei mediatori e servizi per la giustizia riparativa (capi IV e V): v. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, 12 ss.

⁸ Modello di giustizia che trova spazio in un quadro organico di modifiche alla disciplina processuale e di interventi sul sistema sanzionatorio, come segnala PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 luglio 2022, 2 ss., la quale ricorda altresì che trattasi di scelta inattesa ma non certo inedita, considerate le "tracce riparative" già rinvenibili nei sistemi satellitari del procedimento penale a carico di minorenni e di quello davanti al giudice penale di pace. Gli studi sulla *restorative justice* sono quantitativamente importanti, ne segnaliamo alcuni di inquadramento generale, provenienti dalla letteratura penalistica, e altri di taglio più processuale. Tra i primi, MANNOZZI-LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017 e, degli stessi Autori, *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; tra i secondi, v. BONINI, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (artt. 42-46)*, in *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 725 ss.; EAD., *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in

paradigma che interpreta a livello più compiuto l'esigenza di soddisfare il bisogno di riparazione dell'offesa provocata dal reato⁹.

Nel secondo effetto si situa la complessità che deriva dal dover combinare i diritti della vittima con quelli, ontologicamente contrapposti, dell'accusato, attorno a cui inevitabilmente ruota il processo penale: l'azione repressiva dello Stato si muove contro chi, il reato, si presume lo abbia commesso ed è a limitazione dell'uso arbitrario del potere punitivo che sono pensate le leggi processuali, destinate appunto a proteggere l'individuo dal dispiegamento della coercizione pubblica.

Sarebbe un errore collocare tale complessità sul piano della "separazione dei ruoli": si allude alla scelta del codice di procedura penale di attribuire all'offeso dal reato una serie di diritti espressione del suo interesse al promovimento dell'azione penale per poi farlo "scompare" ad azione penale esercitata, dove lascia il posto, se danneggiato civilmente, alla parte civile, questa si contraddittore dell'imputato in condizioni di parità (art. 111 comma 2 Cost.). È nota la critica mossa a tale dicotomia, responsabile di avere posto in una posizione di marginalità la vittima, considerata alla stregua di un soggetto venale, tanto che nei dibattiti sul tema è ricorrente la proposta di estromettere dal processo penale la parte civile¹⁰. *Flatus vocis*: neppure la riforma Cartabia, distintasi rispetto agli interventi legislativi che l'hanno preceduta per ampiezza e organicità, ha messo mano all'assetto tradizionale¹¹, benché, si è detto, alcu-

www.lageislazionepenale.eu, 15 giugno 2021, 1 ss.; DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 377 ss.

⁹ Cfr. PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *www.sistemapenale.it*, 14 novembre 2022, al par. 1, per la quale la vittima non è più vista come portatrice di una istanza di punizione ma è altresì portatrice di una diversa esigenza, quella appunto riparativa, e pertanto non è più sufficiente offrirle protezione nel processo e dal processo.

¹⁰ V., tra gli altri, LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 7.

¹¹ Che resta appunto inalterato; vi è stata solo la modifica dell'art. 79 c.p.p., riformulato nel senso di ammettere la costituzione di parte civile, nei procedimenti con udienza preliminare, «prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti». Nel caso in cui, al momento di entrata in vigore della riforma (30 dicembre 2022), gli accertamenti in questione si siano già conclusi, si applica, per disposto della norma transitoria (art. 85-bis d.lgs. n. 150 del 2022, introdotto all'art. 5-ter d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 convertito in legge dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199, in *Gazz. uff.*, serie generale, 30 dicembre 2022, n. 304, 70) la regola previgente, in base alla quale il danneggiato può costituirsi in dibattimento, fino a che non siano compiuti gli accertamenti ex art. 484 c.p.p.; a tal fine, resta salva l'applicazione dell'art. 429 comma 4 c.p.p., in ordine al diritto della persona offesa non presente in udienza preliminare di ricevere la notifica del decreto che dispone il giudizio «almeno venti giorni prima della data fissata».

ne sue interpolazioni si prestino a essere interpretate come segno della scelta di sgravare il processo penale della presenza del danneggiato¹².

Proprio la prospettiva europea ci obbliga infatti a vedere la posizione di chi subisce il fatto criminoso sotto un'altra luce: sfumato il ruolo, aspetto appunto connesso alla tradizione di ciascun Paese membro, quindi indifferente all'azione sovranazionale, l'obiettivo messo a fuoco è la vittima *tout court* e i suoi diritti: di informazione, di assistenza e di protezione nel e dal processo¹³.

I piani di analisi che consentono di cartografare il rapporto tra la progressiva estensione delle prerogative accordate alla vittima e la fisionomia del processo penale sono, quindi, altri. Anzitutto, quello dei diritti di difesa dell'accusato: clausola di salvezza presente in numerose previsioni della direttiva eurocomunitaria, conduce diretti al vero nodo di ogni discorso sulla giustizia penale punitiva non più reo-centrica. Gli *output* della legislazione varata a implementazione dei diritti delle vittime vengono inevitabilmente a intersecarsi con i principi cardine del processo penale: principio di legalità (art. 111 comma 1 Cost.); contraddittorio, quale connotato della giurisdizione (art. 111 comma 2 Cost.) e metodo di accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato (comma 4); la difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.). Capisaldi, tutti esposti al bilanciamento dinanzi agli aspetti di protezione che afferiscono a chi riceve l'offesa

¹² Si allude principalmente alle modifiche riguardanti i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale pronunciata nella fase delle impugnazioni e le statuizioni civili, ridefiniti nell'art. 578 comma 1-bis c.p.p., in base al quale, in caso di condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento e «in ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli interessi civili», se l'impugnazione non è inammissibile, il giudice dell'impugnazione, dichiarata l'improcedibilità, rinvia per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado, norma che FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 266, critica, ritenendola «gratuitamente punitiva per la parte civile», a meno che, chiosa in maniera quasi provocatoria, «l'intento della riforma 'Cartabia' sia di allontanare progressivamente la parte civile dal processo penale; ma, se così fosse, la strada da percorrere sarebbe quella, radicale, di una netta separazione delle due giurisdizioni, senza compromessi né intrugli». Interessante, per restare in tema, l'osservazione di AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 15, secondo il quale la via aperta dalla giustizia riparativa farebbe apparire «stonata» la commistione offeso-danneggiato tanto che, a usare le sue parole, «sembra venuto il momento di riflettere sull'istituto della azione civile per depurare il processo penale dalla sua deviazione verso la pretesa risarcitoria e per incanalare le giuste istanze della vittima nella partecipazione processuale solo nella qualità di persona offesa, vale a dire in una posizione tutta penalistica».

¹³ Per una ricostruzione del significato di questi imperativi v. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Milano, 2015, 5 ss.

del reato. Ci si accorge fino a che punto il problema del bilanciamento rilevi, esaminando i settori della coercizione cautelare personale (art. 13 Cost.)¹⁴ e della prova. Prerogative e tutele riconosciute nell'incidente *de libertate*, da un lato, ascolto dell'offeso nelle sedi garantite dal contraddittorio - che presenta una difficoltà supplementare, poiché bisogna preservarlo dagli effetti di vittimizzazione secondaria e parimenti assicurare la genuinità della prova¹⁵ -, dall'altro, costituiscono ambiti sperimentati nella pratica giudiziaria. La messa a fuoco giurisprudenziale consentirà di sviluppare qualche riflessione circa la coerenza delle soluzioni normative adottate e la complessiva tenuta della disciplina codicistica interessata.

Il tema capitale del rispetto delle garanzie del giusto processo resta centrale, anche quando il livello di analisi cambia. L'interesse della persona offesa non è soltanto, come da tradizione, che sia avviato l'accertamento dei fatti così da vedere realizzata la propria pretesa punitiva: propensione, questa, su cui il legislatore della riforma è intervenuto e di cui si dirà¹⁶. Non è soltanto ricevere tutela dal e nel processo, sul presupposto che esso può rivelarsi esperienza suscettibile di acuire il trauma dell'illecito subito. Suo interesse, come accennato in precedenza, è anche avere *riparazione* dell'offesa patita. A questo specifico fronte di protezione apre la giustizia riparativa.

¹⁴ Sulle misure cautelari quali presidi di protezione della vittima dal rischio di vittimizzazione ripetuta il legislatore ha puntato molto, credendo nelle sue *performance* di prevenzione della commissione di altri reati. È noto l'assortimento del repertorio cautelare operato negli anni attraverso l'inserimento di misure inedite, quali l'«allontanamento dalla casa familiare» (art. 282-*bis* c.p.p.) e il «divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa» (art. 283-*ter* c.p.p.), la prima introdotta dalla L. 4 aprile 2001, n. 154, la seconda dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in L. 23 aprile 2009, n. 38, sagomate a protezione della vittima di comportamenti criminosi reiterati, come avviene nel caso delle condotte delittuose in ambito domestico o nelle relazioni personali. V., in tema, l'analisi di NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 467 ss., incentrata sulla problematizzazione del rapporto tra principio di legalità processuale e discrezionalità giudiziale, quale conseguenza della flessibilità di tutela che queste nuove figure cautelari - dai contorni normativi alquanto fluidi - accordano all'offeso dal reato. Sul punto, v. *infra*, par. 2. Si è occupato del tema, seguendo una ricostruzione storica dei passaggi normativi che hanno propiziato un innalzamento del livello di sicurezza per il soggetto passivo del reato, ZACCHE', *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 651 ss.

¹⁵ È possibile ricordare come la questione della ponderazione degli interessi della difesa con quelli della vittima chiamata a testimoniare sia stata affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. Corte EDU, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*).

¹⁶ V. *infra*, parr. 3 e 6.

Con tale espressione, il legislatore della riforma ha inteso ogni programma che consente alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad esponenti della comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, alla presenza di un soggetto terzo e imparziale: il mediatore, garante della professionalità richiesta, perciò esperto formato (art. 42 d.lgs. n. 150 del 2022)¹⁷. Si è, per così dire, allestito un *setting* fuori dal processo, dove offeso e offensore si incontrano e nel reciproco ascolto e riconoscimento tentano una ricomposizione del conflitto generato dal reato, i cui esiti possono interferire con il processo. La scelta di far coesistere i due paradigmi, di collocare la giustizia riparativa in posizione complementare alla giustizia punitiva – ciò, per i reati più gravi, non perseguibili a querela¹⁸ – pone il problema di verificare se la disciplina organica sia stata congegnata nel rispetto delle garanzie del giusto processo e dei diritti dell'imputato. Il tema è quello di metodo. Nella misura in cui la giustizia riparativa ha il suo peso nel processo, non è di scarso interesse stabilire se essa risulti disciplinata in funzione del bilanciamento con i principi sovraordinati che governano il processo penale. Sul rispetto del canone di proporzione, sul fatto che la tutela della vittima viva in equilibrio sul filo dell'equità processuale, si concentrerà la presente indagine, che verrà condotta tenendo in considerazione le due facce di protezione riconosciute oggi all'offeso: nel procedimento penale – si comincerà da qui – e nel modello di *restorative justice*, a seguire¹⁹.

¹⁷ Il programma di riparazione è considerato «lo strumento che da solo è idoneo a consentire la risoluzione delle questioni derivanti dal reato e dove già si evidenzia il carattere principale della R.J.»: così, BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1264.

¹⁸ V. *infra*, par. 3.

¹⁹ Già MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, II, 613, osservava come «l'orizzonte sistemico schiude il tempo delle giustizie», in riferimento alla delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nell'art. 1 comma 82 L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), tra i cui criteri direttivi figurava la «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 comma 85 lett. f): proposta che per l'A. segna un passaggio verso il «consolidamento della complementarietà tra sistema penale e giustizia riparativa».

2. *Lungo la via della difesa: il passaggio (problematico) dell'incidente cautelare.* I diritti di difesa dell'accusato, come si accennava, sono da sempre posti come il naturale contrappeso alle spinte di maggiore considerazione della vittima nel processo penale. Non è sorprendente, quindi, che le vicende relative alla libertà personale dell'imputato figurino tra quelle di interesse della persona offesa solo a partire da un certo momento in poi. Si deve, infatti, al d.l. 14 agosto 2013, n. 93 conv., con modificazioni, in L. 15 ottobre 2013, n. 119, veicolata sui *media* come “legge sul femminicidio”, l'introduzione di specifici obblighi informativi a favore dell'offeso e a carico della parte richiedente (pubblico ministero o imputato) in relazione a variazioni dello *status libertatis* dell'accusato di reati di violenza contro la persona²⁰. Settore tradizionalmente segnato dalla esclusiva contrapposizione fra autorità ed imputato, per natura estraneo al coinvolgimento di altri soggetti privati²¹, finisce così per essere aperto alla vittima, in attuazione della prescrizione europea (art. 18 direttiva 2012/29/UE) che la vuole protetta dal rischio di vittimizzazione ripetuta da parte dell'autore del reato e (perciò) informata della scarcerazione o evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata (art. 6 par. 5)²².

Una via, quella dei doveri informativi, aperta facilmente dal nostro legislatore e tuttavia in più punti a forte rischio caduta sul lato del diritto di difesa e del diritto alla libertà personale. Le soluzioni normative, ubique e di scadente fattura²³, hanno infatti sbilanciato l'assetto del procedimento cautelare e dato

²⁰ Per un'analisi completa delle modifiche apportate, v. BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di Diddi-Geraci, Torino, 2015, 143 ss.

²¹ Per l'inquadramento del rapporto tra il fondamentale diritto alla libertà personale e la tematica del processo penale, si rinvia a GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, *passim* e a CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona, II, Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 299 ss.; con riferimento al rapporto tra settore cautelare e persona offesa dal reato, *sub* codice del 1988, ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, cit., 649 s., lo descrive in termini di «tendenziale “neutralità”», considerato che le istanze di protezione della vittima «emergevano solo di riflesso e in maniera astratta», come desumibile dal catalogo delle misure, dalla struttura delle esigenze cautelari e dalla procedura di applicazione e con riguardo alle vicende modificative.

²² Analoga prescrizione è contenuta nella Convenzione di Istanbul ove è stabilito che le vittime siano informate dell'eventuale evasione dell'autore del reato, nonché della sua liberazione in via temporanea o definitiva (art. 56 lett. b)

²³ Una panoramica delle disposizioni introdotte è operata da CARACENI, *La vittima nel procedimento di libertate: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1792 ss., set-dez. 2021.

luogo a questioni interpretative di gran peso, risolte dalla giurisprudenza mettendo a fondamento del ragionamento giuridico il principio in base al quale il diritto informativo - strumentale a quello partecipativo²⁴ - non può essere slegato dal contesto fortemente costituzionalizzato in cui s'inscrive.

Con riguardo al contraddittorio dell'offeso funzionale alla decisione del giudice su revoca o modifica *in melius* delle misure cautelari previste agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286 c.p.p. applicate in procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona²⁵, sono diversi gli aspetti da cui può ricavarsi una perdita di equilibrio. La notifica della richiesta di revoca o modificativa, di cui è onerata la parte richiedente, è stabilito sia effettuata «contestualmente», a pena di inammissibilità, «presso il difensore della persona offesa» o, nel caso in cui manchi la nomina, direttamente alla persona offesa «salvo che in quest'ultimo caso non abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio» (art. 299 comma 3, secondo periodo, e comma 4-*bis*, secondo periodo, c.p.p.)²⁶. Ma non è indifferente per l'accusato che ambisca a riacquisire in tutto o in parte la propria libertà in tempi ragionevoli l'ampiezza di questo obbligo comunicativo, se sia generalizzato oppure dipendente da un palesato interesse della vittima a interloquire sulla vicenda evolutiva della coercizione cautelare: interesse che si traduce nella nomina di un difensore (art. 101 c.p.p.) o nella dichiarazione o elezione di domicilio per le notificazioni.

Il dilemma, approvato alle Sezioni unite, viene sciolto evitando l'interpretazione più estensiva, che appare inadeguata. Questa consisterebbe nel ritenere ammesse differenti modalità di notifica, in alternativa tra loro a

²⁴ Cfr. SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare tra protezione e partecipazione*, in *Cass. Pen.*, 2022, 4446, secondo cui le informazioni, «funzionali all'esercizio di alcuni poteri procedurali, implicano forme di "partecipazione" all'adozione del provvedimento cautelare e devono essere fornite alle parti», a differenza delle comunicazioni che servono a rendere edotto l'offeso di un provvedimento adottato e, pertanto, operano sul piano della protezione della vittima. Questa, la finalità degli avvertimenti circa la cessazione o la seria attenuazione dello *status* cautelare di cui agli artt. 90-*bis*, 90-*ter*; 299 comma 2-*bis* c.p.p.

²⁵ Formula impiegata nell'art. 299 comma 2-*bis* c.p.p. e ripresa in altre disposizioni, tra cui l'art. 408 comma 3-*bis* c.p.p., detonatore quest'ultimo di un dissidio interpretativo, risolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che hanno ritenuto di significare l'espressione «delitti di violenza contro la persona» ricomprendendo al suo interno non solo le fattispecie in cui la violenza fisica è elemento costitutivo ma anche quelle in cui la violenza si sostanzia in aggressioni morali o psicologiche, come il delitto di atti persecutori ex art. 612 c.p., oggetto del dubbio, considerato tra «le ipotesi "significative" di violenza di genere»; in questi termini, Cass., Sez. un., 16 marzo 2016, n. 10959, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1068 e, analogamente, Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2016, n. 6864, *ivi*, 1070.

²⁶ Quando non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia.

seconda del comportamento dell'offeso, che anche se passivo (mancata nomina del difensore od omessa indicazione del domicilio) non può essere visto come abdicazione al diritto di notifica, che invece deve essere sempre garantito, col solo limite della identificabilità della persona offesa²⁷. Il quadro argomentativo a sostegno di questa esegesi è contrassegnato da riferimenti testuali, sistematici e di valore²⁸, ma il Collegio propende per l'orientamento opposto perché ritenuto più aderente alla Costituzione e ai principi europei. Alla persona offesa viene chiesto di attivarsi, di manifestare la volontà di essere "parte" del procedimento, appunto attraverso la dichiarazione o elezione di domicilio, là dove non abbia nominato un difensore, in tal caso intendendosi domiciliata presso quest'ultimo (art. 33 disp. att. c.p.p.). Così va letto l'inciso «salvo che [...] non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio», nel senso cioè di ritenere l'offeso destinatario diretto della notifica della richiesta di revoca o di modifica della cautela applicata, a condizione che risulti determinato il luogo dove dovrà essergli notificato l'atto²⁹.

Questa opzione ermeneutica ha l'effetto positivo di bilanciare le ragioni dei due avversari: il diritto informativo e partecipativo della vittima, da un lato, il diritto di difesa dell'imputato, dall'altro. A questo proposito, occorre escludere ingiustificate compromissioni, data la specificità del tema - la libertà personale dell'imputato in rapporto alla restrizione cautelare è presidiata dalla ga-

²⁷ Si tratta di un limite che si aggancia alla esigibilità dell'adempimento dell'obbligo di notifica in capo al richiedente la modifica del "trattamento" cautelare, posto che la persona offesa dal reato deve poter essere effettivamente e compiutamente identificata sulla base degli atti contenuti nel fascicolo processuale. Cfr. Cass., Sez. II, 10 febbraio 2021, n. 12377; Cass., Sez. II, 28 gennaio 2021, n. 7186; Cass., Sez. III, 21 luglio 2020, n. 31191; Cass., Sez. II, 3 maggio 2017, n. 3616; Cass., Sez. II, 25 maggio 2016, n. 25135; Cass., Sez. II, 1 aprile 2016, n. 19704.

²⁸ Tenuti insieme dal filo rosso dell'ampia tutela delle garanzie partecipative della vittima in ossequio alla direttiva 2012/29/UE: Cass., Sez. un., 30 settembre 2021, n. 17156, in *Cass. Pen.*, 2022, 3415 s. Riporta i termini del contrasto giurisprudenziale il commento alla pronuncia di MARCHETTI, *Quale futuro per i diritti partecipativi della vittima nel procedimento cautelare? Alcune considerazioni a margine di una recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, *ivi*, 3431 ss.

²⁹ Cass., Sez. un., 30 settembre 2021, n. 17156, cit., 3421. Nella pronuncia *de qua* è affrontata e risolta anche la questione, così formulata, «se, ai fini dell'obbligo della notificazione [...], sia richiesta o meno l'esistenza di un pregresso rapporto tra autore del reato e vittima o la sussistenza di un concreto pericolo di recidiva specificamente riferita a quest'ultima e se, quindi, in caso di reato di omicidio, per persone offese cui deve essere effettuata la notifica, possano intendersi anche gli eredi della vittima». La risposta della Corte è di ritenere irrilevante l'esistenza di un previo rapporto personale fra vittima e autore del reato o la sussistenza di un pericolo di nuova vittimizzazione, posto che la *ratio* dell'art. 299 comma 4-bis c.p.p., lungi dal soddisfare finalità di protezione della vittima del reato, è essenzialmente informativa e partecipativa.

ranza della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.) – e rilevata l’indicazione più generale della direttiva 2012/29/UE secondo cui la tutela della vittima, qui configurata, fa salvi i diritti dell’autore del reato (condannato, imputato o indagato) e «fa salva la presunzione d’innocenza» (considerando n. 12).

Certamente condivisibile per tutte le ragioni poste a suo fondamento, il risultato raggiunto dalla giurisprudenza si lascia apprezzare perché giusto, secondo un’accezione di giustizia intesa come equità³⁰. Vale la pena di ricordare che il principio pretorio trova in parte conferma nel nuovo art. 153-*bis* c.p.p., dove si prevede che l’offeso querelante ha l’obbligo di dichiarare o eleggere domicilio per le comunicazioni e le notificazioni degli atti, in virtù di un generale principio di leale collaborazione³¹: l’attivazione dello strumento penale richiede di «farsi “parte diligente”»³². A ciò si aggiunge la prescrizione secondo cui, ove sia già nominato un difensore, l’offeso «sarà domiciliato presso quest’ultimo» (art. 90-*bis* comma 1 lett. a-*quinquies* c.p.p.)³³. Lo stesso imputato (libero), del resto, è stato sul punto maggiormente responsabilizzato, dovendo assicurarsi di essere raggiunto dalle informazioni del suo difensore cui vengono effettuate le notificazioni degli atti diversi dalla *vocatio in iudicium* e successivi al primo (art. 157 comma 8-*ter* c.p.p.)³⁴.

³⁰ Suggestivo qui richiamare DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 265 dove si afferma che «la giustizia intesa come equità riposa sull’assunto del diritto naturale di ciascuno a eguali considerazioni e rispetto».

³¹ È importante sottolineare che si tratta di obbligo riferito solo al querelante.

³² Cfr. la *Relazione su novità normativa. La “Riforma Cartabia”, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario*, Rel. n. 2/2023, 5 gennaio 2023, p. 247. La previsione va letta anche in connessione con l’ampliato bacino dei reati a procedibilità a querela (su cui ritorneremo) ed è perciò finalizzata a favorire occasioni comunicative con la vittima in vista di un eventuale remissione della querela, come pure dell’accesso a percorsi riparativi. Evidenzia l’utilità di tale obbligo in questo senso, BONINI, *Linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 22.

³³ L’arricchimento in tale direzione del catalogo delle comunicazioni rende, in parte, ossia là dove la vittima sia anche querelante, superata l’obiezione avanzata in dottrina a proposito della carenza dell’art. 90-*bis* c.p.p., nella versione previgente, rispetto all’avviso riguardante l’elezione o la dichiarazione di domicilio (cfr. GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell’incidente cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2017, 2555); carenza, viceversa, riscontrabile per gli avvisi relativi alle richieste modificative delle misure cautelari e alla scarcerazione o evasione del condannato, posto che tali ultimi provvedimenti vengono ex art. 90-*ter* comma 1 c.p.p. «immediatamente comunicati alla persona offesa che ne faccia richiesta».

³⁴ La prima notificazione all’imputato non detenuto deve avvenire mediante consegna di copia dell’atto in forma di documento analogico (art. 157 c.p.p.). Al compimento della notifica del primo atto, l’interessato deve essere avvisato che le notificazioni successive, diverse da quelle della citazione a giudizio, saranno eseguite presso il difensore, che diviene domiciliatario *ex lege*.

Ristretto il campo di operatività del diritto di interlocuzione sulla vicenda cautelare all'offeso che sia interessato a partecipare alla discussione sulla permanenza o meno dei presupposti della misura cautelare, resta poco chiaro, avanzando nella disamina dei problemi legati al contraddittorio anticipato dell'offeso, l'impatto che le operazioni di notifica dell'istanza in oggetto esplicano sui tempi della decisione. Si allude, in particolare, alla previsione in base alla quale la richiesta di revoca o sostituzione debba essere contestualmente notificata. Cosa stia a significare *contestualità* di presentazione dell'istanza e di notifica è tema che la prassi ha affrontato, con esiti incerti³⁵, e su cui è probabile dovrà ritornare alla luce delle innovazioni *post* riforma circa il deposito degli atti (art. 111-*bis* c.p.p.) e le notificazioni (art. 148 c.p.p.), attività che di regola si eseguono con modalità telematiche³⁶.

Sul piano dell'omesso contraddittorio, la disciplina apprestata è sommaria, al punto che le Sezioni unite sono state investite della questione del rimedio azionabile dalla persona offesa che lamenti l'errore del giudice consistito nel pronunciarsi favorevolmente sulla restrizione cautelare dell'imputato nonostante l'inosservanza dell'obbligo comunicativo. A tale mancato adempimento, la legge fa corrispondere il vizio dell'inammissibilità della richiesta revocatoria o modificativa, senza tuttavia occuparsi di un duplice ordine di problemi.

In primo luogo, occorre ricostruire l'invalidità di cui sarebbe affetto il provvedimento giurisdizionale deciso senza dar voce alla vittima³⁷. Questo aspetto patologico s'intreccia con il profilo "sostanziale" del contraddittorio: assodato che l'informazione è preordinata alla partecipazione, che nel *sub*-procedimento in oggetto si estrinseca nella presentazione di una memoria ai sensi dell'art. 121 c.p.p., la questione attiene al suo eventuale contenuto, e cioè di quali elementi aggiuntivi la vittima possa disporre, utili alla decisione

³⁵ La questione è riportata da LOMBARDI, *Tutela della vittima nella vicenda cautelare e obbligo di notificare l'istanza di revoca (o modifica) della misura*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1521, che predilige, per ragioni legate ai tempi previsti a garanzia del contraddittorio e della decisione, ritenere che al momento del deposito dell'istanza in cancelleria vi sia già la prova dell'avvenuta notifica (in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 8 gennaio 2020, n. 4485, in *DeJure*, ove si legge che è sufficiente per l'imputato allegare la prova di avere contestualmente notificato la richiesta mediante raccomandata con ricevuta di ritorno).

³⁶ Trattasi di regola che incontra una deroga nel comma 4 dell'art. 111-*bis* c.p.p., in base al quale le parti - ma l'offeso non è parte - hanno legittimazione a effettuare il deposito degli atti personalmente e in forma cartolare.

³⁷ L'argomento è approfondito da LOMBARDI, *Tutela della vittima nella vicenda cautelare e obbligo di notificare l'istanza di revoca (o modifica) della misura*, cit., 1527 ss.

del giudice chiamato da pubblico ministero o indagato/imputato a decidere se revocare la cautela in atto o sostituirla con altra più favorevole o modificarne le modalità esecutive sì da renderle meno gravose per l'accusato.

Sulla premessa che quel che la vittima può offrire come “prova” del pericolo di recidiva dipende dal suo preesistente rapporto con l'autore del reato, taluna giurisprudenza ha ritenuto di limitare l'obbligo di notifica ai casi di reati a violenza mirata, commessi cioè in contesti relazionali contro quella specifica persona, con esclusione di quelli a vittima occasionale, intoccati dal rischio di ricaduta nell'aggressione³⁸. Possiamo concordare sull'obiettivo sottotraccia a codesta interpretazione. La notifica è aggravio per l'accusato, sempre, anche quando sia il pubblico ministero il richiedente la modifica della condizione cautelare perché ritarda la decisione. Sì, quindi, al sacrificio del suo diritto di difesa a patto però che risulti motivato; che dirimpetto ci sia tutela effettiva della codificata possibilità di disputa. In caso contrario, lì dove la vittima sia tale casualmente, il contraddittorio diviene formalismo e, perciò, nessun *vulnus* al diritto dell'offeso è lecito inferire dall'omessa notifica dell'istanza modificativa, da considerare, ciò nonostante, ammissibile³⁹.

Il ragionamento potrebbe anche reggere al confronto della logica di economia processuale ma non convince. Al di là della critica che verte sulla formazione di aree di rischio non presidiate⁴⁰, argomentazione stringente è che una sanzione processuale, quale l'inammissibilità, per la quale deve ritenersi operante il principio di tassatività, non può dipendere dalla lettura interpretativa che si dà della locuzione «delitti commessi con violenza alla persona». Allo stato, essa risulta collegata al concetto di violenza di genere o nelle relazioni di tipo affettivo ma solo perché è sopravvenuta l'esigenza di chiarire che violenza rilevante è, oltre a quella fisica, anche quella psicologica, così da ricomprendere nell'area dei delitti violenti anche offese di tipo morale, tipiche nei reati di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori. Ma si tratta di risultato che non

³⁸ Si è arrivati a questa conclusione con riguardo al reato di rapina, ad esempio: v. Cass., Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 43353, in *Dir. giust.*, 6 novembre 2015.

³⁹ Alla stessa stregua, se il cambiamento, attuato senza previo avviso, attenga alle modalità esecutive della misura che abbiano l'effetto di aumentare la tutela della vittima, come avviene nel caso di modifica dell'obbligo di dimora e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria dal comune di residenza della persona offesa ad altro comune; Cass., Sez. VI, 6 luglio 2016, n. 27975, in Rv. 267131.

⁴⁰ Situazioni di pericolo note all'offeso e che potrebbero venire a conoscenza del giudice solo grazie al suo coinvolgimento: rileva questa critica, GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare*, cit., 2549 s.

esaurisce il discorso sul perimetro della locuzione in questione, che anzi resta aperto.

In secondo luogo, altra e connessa questione da definire è poi quella dello strumento tramite cui l'offeso possa denunciare il difetto dell'ordinanza di revoca o di modifica che il giudice abbia pronunciato in violazione dell'ascolto delle sue ragioni. L'ostacolo maggiore è, come intuibile, l'insuperabilità del principio di tassatività soggettiva: né il ricorso per cassazione (art. 311 c.p.p.), rimedio caldeggiato da una parte della giurisprudenza⁴¹, né l'appello (art. 310 c.p.p.), pure rievocato⁴², contemplan tra i legittimati la persona offesa. C'era da aspettarselo, quindi, che sarebbe stato questo il profilo «dirimente» per le Sezioni unite chiamate alla sintesi delle diverse prospettazioni avanzate⁴³. Al Collegio non è restato che confermare l'unica via possibile: nell'ipotesi di «violazione del diritto di intervento per mezzo di memorie riconosciute dall'art. 299, comma 3, cod. proc. pen.», la persona offesa «può chiedere al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 572 cod. proc. pen., di proporre impugnazione» avverso l'ordinanza con cui sia stata disposta la re-

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. V, 20 settembre 2016, n. 7404; Cass., Sez. I, 20 giugno 2016, n. 51402; Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 6864; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717. Tra gli argomenti spesi si annoverano, oltre agli appigli provenienti dalle fonti sovraordinate, quello relativo alla presenza nel sistema di norme a tutela del diritto al contraddittorio cartolare della persona offesa (il richiamo era all'art. 409 comma 6 c.p.p., abrogato dalla L. n. 103 del 2007) e quello ruotante attorno agli artt. 111 comma 7 Cost. e 568 comma 2 c.p.p., in base ai quali contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale è sempre ammesso ricorso per cassazione.

⁴² Rimedio consentito da Cass., Sez. V, 31 marzo 2015, n. 35735, in *De Jure*.

⁴³ Cass., Sez. un., 14 luglio 2022, n. 36754, in *Cass. Pen.*, 2022, 4196; il quesito formulato dalla sezione rimettente è «se nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona sia ammissibile il ricorso per cassazione della persona offesa avverso l'ordinanza con cui sia stata disposta la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) in violazione del diritto al contraddittorio riconosciuto alla stessa persona offesa dall'art. 299, terzo comma, cod. proc. pen.» (v. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2021-16 febbraio 2022, n. 5551, in *De Jure*). Le Sezioni unite, prima di arrivare a sciogliere l'interrogativo, precisano che manca un'espressa previsione di invalidità per il caso del mancato rispetto del termine dilatorio di due giorni per la presentazione delle memorie da parte della persona offesa, posto che la legge ricollega l'inammissibilità all'omessa notifica della richiesta. Lacuna non colmabile né facendo ricorso alla nullità d'ordine generale per l'omessa citazione a giudizio della persona offesa ex art. 178 comma 1 lett. c c.p.p., né prospettando «un'efficacia precaria» del provvedimento «in vista della sua caducazione per un ri-esercizio del potere decisorio in riferimento all'originaria richiesta». Di qui, l'osservazione finale per cui «la ricerca di rimedi all'assenza di espresse misure di reazione processuale alla violazione [...] non è seriamente giustificabile, specie in una materia come quella sanzionatoria retta dal principio tassatività» (v. p. 4195 s.).

voca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva diversa dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria⁴⁴.

Vero dunque che il procedimento cautelare è stato rivisitato nelle forme per assicurare alla vittima maggiore partecipazione, ma è altrettanto vero che la garanzia informativa accordata non si traduce, né il legislatore era tenuto a farlo, nell'attribuzione del diritto all'impugnazione del provvedimento sulla libertà personale. Le Sezioni unite richiamate ci riportano a un dato di realtà: la persona offesa, che non ha nel procedimento *de libertate* «un ruolo partecipativo ad ampio spettro», non è parte processuale e il sacrificio di cui qui si tratta è di quelli assoluti, al bene primario della libertà personale (art. 13 Cost.), rimesso alla iniziativa della pubblica accusa⁴⁵. Tale scenario si ripresenta guardando alla morfologia del settore cautelare personale, adeguato allo scopo di appagare il bisogno di protezione della vittima in vista di reiterate condotte aggressive da parte del prevenuto. Il richiamo ai diritti fondamentali, in particolare, informa la questione, approdata poi davanti al supremo Consesso, dell'ampiezza della misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.)⁴⁶. Nella fattispecie, il quesito riguardava il potere del giudice nel disporre la cautela, se egli debba determinare specificamente i luoghi oggetto del divieto di avvicinamento e di mantenimento di una determinata distanza.⁴⁷ Facendo leva sul principio di proporzionalità, la soluzione offerta, che lascia al giudice la decisione di prescrivere all'indagato/imputato la sola distanza dalla persona offesa oppure, o anche, il divieto di avvicinamento ai luoghi da quella frequentati, comunque da specificare con l'indicazione della distanza dai medesimi⁴⁸, è il risultato della ricerca, inevitabile, di un equilibrio tra tutela della vittima e libertà, nella specie di locomozione, dell'accusato.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 14 luglio 2022, n. 36754, cit., 4200.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 14 luglio 2022, n. 36754, cit., 4197 ss.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 29 aprile 2021, n. 39005, in *www.ilpenalista.it*, 9 dicembre 2021, là dove la Corte reputa che oltre al dato testuale e all'esegesi logico-sistematica, per rispondere al quesito occorre procedere ad una «valutazione di compatibilità con i principi fondamentali in tema di diritti costituzionali di libertà e di locomozione» (par. 7 del Considerato in diritto).

⁴⁷ Cass., Sez. un., 29 aprile 2021, n. 39005, cit., par. 9.2 del Considerato in diritto.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 29 aprile 2021, n. 39005, cit., par. 9.5 ss. del Considerato in diritto.

3. Segue. *La chiodatura (debole) dell'incidente probatorio*. Il fronte della protezione e l'esigenza di bilanciamento che la struttura accusatoria del rito richiede restano dischiusi anche quando si passi dal tema della libertà personale a quello della prova. Qui, come è risaputo, il bisogno di preservare l'offeso non attinge al rischio di vittimizzazione primaria, appunto rilevante nel campo cautelare (e precautelare), ma si correla al diritto all'ascolto. Partecipare al processo nella veste di fonte d'accusa può significare, per la vittima, esporsi alla sofferenza della rievocazione di un vissuto doloroso e traumatico, da cui la necessità di uno scudo a difesa del dichiarante, sì da garantirgli quella serenità nel rendere testimonianza che l'asprezza del contraddittorio dibattimentale mette a repentaglio. Del pari, tale salvaguardia deve combinarsi con i diritti di difesa dell'accusato, sotto lo specifico profilo della possibilità di confronto con chi lo accusa⁴⁹, il tutto a beneficio dell'interesse generale per la salvaguardia della genuinità della prova⁵⁰. Differenti istanze, dunque, che l'incidente probatorio (art. 392 ss. c.p.p.) tiene in equilibrio⁵¹; parentesi di formazione dialettica delle prove non rinviabili, collocata in via eccezionale nella fase delle indagini e dell'udienza preliminare⁵², a seguito di stratificazione normativa è divenuta congeniale alla cristallizzazione di dichiarazioni da fonti deboli: dalla testimonianza del minore e del maggiorenne - offeso dal reato - in relazione a determinate ipotesi di reato lesive della libertà individuale e della sfera sessuale a quella della persona offesa «in condizione di particolare vulnerabilità» (art. 392 comma 1-bis c.p.p.).

⁴⁹ Diritto riconosciuto anche dalle fonti sovranazionali: v. l'art. 6 par. 3 lett. d C.E.D.U.

⁵⁰ Il rischio di sua compromissione è alquanto sentito in relazione alla testimonianza del minore: cfr. Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, in *Cass. Pen.*, 2021, 1583, dove si afferma che «la assunzione di essa in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore».

⁵¹ Lo rileva BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 258.

⁵² Concepito per raccogliere nel pieno contraddittorio prove non rinviabili al dibattimento, necessariamente caratterizzato da eccezionalità a ragione della centralità del giudizio cui viene riservata la formazione della prova, secondo il modello processuale opzionato con il codice del 1988 di separazione funzionale tra la fase preliminare e il giudizio. Rimarca il rapporto tra parentesi probatoria anticipata e accusatorietà del rito penale, RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 3 ss. La possibilità di chiedere l'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare si deve a Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77, in *Giur. cost.*, 1994, 776.

Il progressivo allargamento applicativo dell'incidente in analisi - da cui l'espressione "liberalizzato"⁵³ - è la strada percorsa, dapprima, per attuare il principio di tutela della persona (art. 2 Cost.)⁵⁴, successivamente, per recepire le prescrizioni europee, esplicite nel pretendere audizioni tempestive e numericamente limitate allo scopo precipuo di preservare le vittime esposte, sulla base di una valutazione individualizzata, al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta⁵⁵. Senza che ciò abbia pregiudicato le garanzie difensive dell'imputato. Di tale avviso è la Corte costituzionale, secondo cui le modalità particolari di deposizione previste nella procedura incidentale - appunto, «protette»⁵⁶ - e l'obbligo di documentazione mediante mezzi di riproduzione

⁵³ L'opera di liberalizzazione prende piede a partire dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66 e, come osserva RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1023, rende «di fatto le parti arbitri assoluti in ordine ai tempi (e, parzialmente, anche ai modi) di assunzione della prova»; questo perché non vi è onere per la parte interessata di giustificare la sua propria richiesta né sussiste in capo al giudice un dovere di controllo circa l'urgenza.

⁵⁴ Principio in più occasioni richiamato dalla Corte costituzionale: cfr., fra le altre, Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cass. Pen.*, 2005, 1833 s., relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 389 comma 5-bis e 498 comma 4-ter c.p.p., nella parte in cui, l'uno, non prevedeva la possibilità per il giudice di adottare le modalità protette lì stabilite per l'escussione del testimone minorenni nel caso in cui fra le persone interessate all'assunzione della prova vi fosse un maggiorenne infermo di mente; l'altro, nella parte in cui non consentiva che l'esame del maggiorenne infermo di mente vittima del reato venisse svolto, a richiesta (propria o del difensore) mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

⁵⁵ Si deve all'art. 1 comma 1 lett. h d.lgs. n. 212 del 2015, attuativo della direttiva 2012/29/UE, l'interpolazione dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p. con riguardo all'ammissibilità della testimonianza della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità, senza che rilevi il reato per cui si procede. La *ratio* è nota e sta nel rischio già evocato di vittimizzazione secondaria: raccontare ciò che è accaduto significa portare il pensiero alla commissione del fatto di reato, rivivere il trauma, perciò il contributo dichiarativo della vittima, talora fondamentale per la ricostruzione dei fatti e, quindi, per l'accertamento penale, necessita di contesti protetti. Il fatto stesso di dover rievocare un vissuto doloroso può comportare ulteriori sofferenze e ciò a causa e nel corso del procedimento penale (cfr. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 885). Per DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima di reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 11 aprile 2016, 27, l'intervento è interpretabile come l'imbocco di una «deriva vittimologica», non eliminando, nonostante il riferimento alla valutazione individuale, l'automatismo, in ordine a taluni procedimenti, dell'assunzione anticipata «sempre e comunque» della prova.

⁵⁶ L'espressione compare testualmente nell'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p. e a tale norma rinvia l'art. 398 comma 5-*quater* c.p.p.; con essa s'intende il richiamo alle cautele che il giudice può adottare quando «fra le persone interessate all'assunzione della prova» vi siano minorenni - rispetto al perimetro dei reati tassativamente tracciato (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.) - maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede (art. 398 comma 5-*ter* c.p.p.) e persona offesa vulnerabile *tout court* (art. 398 comma 5-*quater* c.p.p.), in ordine a tempi, luogo e modalità di svolgimento dell'audizione.

fonografica e audiovisiva delle dichiarazioni testimoniali ivi rese rendono la disciplina predisposta idonea a garantire il diritto di difesa dell'accusato «con particolare riferimento al contributo che questi può dare alla formazione della prova nel rispetto del principio costituzionale del contraddittorio»⁵⁷. Nello specifico, è la possibilità offerta al giudice di graduare la protezione da accordare alla fonte di prova – nel caso di specie, un minore – su cui certamente possono innestarsi le osservazioni in proposito provenienti dall'imputato, a far ritenere bilanciato l'istituto *de quo*.

Eppure, l'osservazione “in atto” restituisce l'idea di un meccanismo che fatica a realizzare pienamente l'astratto bilanciamento normativo fra protezione dal processo, nel senso di una rapida fuoriuscita della vittima in situazioni di fragilità dal circuito processuale⁵⁸, e diritto di difesa. Per varie ragioni: non evita le preventive audizioni investigative ad opera di polizia giudiziaria (art. 351 comma 1-*ter* c.p.p.) e pubblico ministero (art. 362 comma 1-*bis* c.p.p.); la previsione dell'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., per cui la testimonianza del minore e dell'offeso di particolare vulnerabilità acquisita in incidente probatorio neutralizza di regola analoga richiesta istruttoria in dibattimento⁵⁹, opera *pro futuro* per l'appunto e non in via retroattiva. Pare inoltre indicativo di una prassi distorta che la Cassazione abbia dovuto riconoscere l'abnormità del provvedimento di rigetto della richiesta di assunzione della testimonianza della persona offesa in incidente probatorio, *ex art.* 392 comma 1-*bis* c.p.p., giustificato sulla base della mancata previa acquisizione delle sommarie informazioni ad opera degli inquirenti (artt. 351 e 362 c.p.p.)⁶⁰. Per proseguire, la conformazione stessa della procedura incidentale osta alla piena riuscita del mo-

⁵⁷ Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, cit., 1584.

⁵⁸ Finalità, questa, che giustifica *in primis* l'assunzione della testimonianza del minore in sede di incidente probatorio: la tutela della libertà e della dignità di un soggetto dalla personalità *in fieri* impedisce di esporlo al trauma «di dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, [di] essere sottopost[o] all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire»; cfr. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1565, con nota di ALGERI, *L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione* (par. 5 del Considerato in diritto). Ciò, indipendentemente dal fatto che il minore sia vittima di condotte delittuose che comportano di riferire su fatti legati all'intimità o mero testimone delle stesse, considerato che in entrambi i casi oggetto di protezione è la vulnerabilità, come sottolinea Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, cit., 1584.

⁵⁹ Non verrà cioè ripetuta la testimonianza in dibattimento, a meno di «fatti o circostanze diversi» rispetto al *thema probandum* oggetto delle precedenti dichiarazioni e sempre che talune delle parti o il giudice non ritengano necessaria la ripetizione dell'esame «sulla base di specifiche esigenze».

⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572.

dello *open access*: è attivabile dall'organo di accusa che però potrebbe trovare controproducente tale mossa a ragione del deposito di tutte le investigazioni effettuate (art. 393 comma 2-*bis* c.p.p.), obbligo quest'ultimo interpretato come situazione che genera nullità della prova per violazione del contraddittorio (art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.) ove gli atti omessi abbiano obbiettiva incidenza rispetto all'oggetto di prova⁶¹. Dal canto della difesa, è difficile pensare che possa così orientarsi, sia per difetto di poteri valutativi dello stato di particolare vulnerabilità dell'offeso da sentire - invero, tale apprezzamento individualizzato resta tema delicato e punto critico della fattispecie di cui all'art. 90-*quater* c.p.p.⁶² - sia per i limiti intrinseci alla dialettica processuale che là si svolge⁶³. L'esame testimoniale dell'offeso di determinati reati in condizione di particolare vulnerabilità potrà, in verità, essere ripetuto in dibattimento, nella piena attuazione del contraddittorio. La barriera dell'art. 190-*bis* c.p.p., che limita la decisione sull'ammissibilità della prova, già assunta in contesti garantiti, a fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni oppure alla valutazione di necessità sulla base di specifiche esigenze, si presenta poco sicura. Non c'è correlazione tra richiesta di incidente probatorio e assunzione delle dichiarazioni della persona offesa vulnerabile, perché non scatta in capo al giudice, che conserva autonomia di valutazione, l'obbligo di dare seguito alla richiesta medesima⁶⁴. Un filtro allentato, dunque, anche rispetto al giudizio d'appello, dove si è considerata legittima la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del dichiarante già

⁶¹ Cass., Sez. III, 24 febbraio 2021, n. 16673, in *Cass. Pen.*, 2021, 4054 s.

⁶² Si vedano le puntuali osservazioni di QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2017, 317 ss., circa la mancanza, nella traduzione dell'art. 22 direttiva 2012/29/UE, di indicazioni sull'autorità chiamata ad effettuare la valutazione in oggetto e sulle modalità della stessa. Per alcune riflessioni sulla vulnerabilità quale categoria di portata ampia, che va oltre la figura dell'offeso dal reato, v. TRAPPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, in *questa Rivista*, 2023, 1, 1 ss.

⁶³ Sottolinea la disparità delle posizioni di accusa e difesa, quest'ultima svantaggiata rispetto alla prima, PRESUTTI, *Audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 386 s. Ricorda l'invito al Governo a considerare l'opportunità di attribuire al pubblico ministero il compito di dichiarare l'eventuale stato di vulnerabilità della vittima anche attraverso un accertamento tecnico psicologico, Corte App. Napoli, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 4635, in *One legale*. Il contraddittorio che garantisce l'incidente probatorio è giocoforza limitato dal fatto che al momento in cui si svolge si è dinanzi a una mera ipotesi di imputazione, la ricostruzione del fatto di reato è ancora in divenire: v. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo*, cit., 1034.

⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, in *DeJure*.

escusso nella sede garantita dell'incidente probatorio⁶⁵. Vero è che simile esegesi non sembra più percorribile alla luce della riformulazione dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. ex art. 34 comma 1 lett. *id.* lgs. n. 150 del 2022⁶⁶, che limita, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale alle «prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, comma 5, e 441 comma 5»⁶⁷.

Insomma, lo scorrere del repertorio giurisprudenziale ci restituisce tutto lo sforzo del bilanciamento in concreto degli opposti interessi di tutela della vittima, da un lato, e del diritto di difesa dell'imputato, dall'altro⁶⁸, in seno all'esercizio del potere giurisdizionale. Uno sforzo che sembra destinato a permanere. Occorre infatti rilevare che nell'ambito della riforma Cartabia l'incidente probatorio, ma più in generale il tema della prova, non trova grande spazio. Non avrebbe potuto, trattandosi di progetto a *focus* efficienza: con la riduzione dei tempi del processo penale, imposta dal Piano nazionale di ripresa e resilienza⁶⁹, l'attenzione al principio del contraddittorio nel momen-

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 3 luglio 2020, n. 24597, in *DeJure* (par. 3 del Considerato in diritto), con riguardo al testimone minorenni vittima di violenza sessuale, in cui la Corte, dopo avere affermato che il giudice di appello, il quale ribalti la sentenza assolutoria di primo grado per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, compreso il diverso apprezzamento dell'attendibilità di dichiarazioni ritenute decisive ai fini dell'esclusione della colpevolezza dell'imputato, deve disporre la rinnovazione delle medesime prove, aggiunge che trattandosi di «obbligo sotteso alla tutela del superiore principio del contraddittorio non entrano in gioco i limiti previsti dall'art. 190 *bis* c.p.p.».

⁶⁶ In attuazione del criterio contenuto nell'art. 1 comma 13 lett. *1* l. n. 134 del 2021, di modifica dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. in modo che «nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado».

⁶⁷ Si tratta di riscrittura ispirata ad esigenze efficientistiche di riduzione dei casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, nell'esplicito intento di escludere la ripetizione di prove dichiarative quando l'assoluzione sia stata pronunciata all'esito del giudizio abbreviato svoltosi senza alcuna istruzione probatoria, né d'ufficio né a richiesta di parte. Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134*, cit., 159; v. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 79.

⁶⁸ Già MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, 479, metteva in luce come una disciplina dagli elementi non propriamente tassativi, come appunto l'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. che affida alla discrezionalità del giudice il compito di stabilire le particolari modalità dell'esame, «si presta a manipolazioni e interpretazioni restrittive del diritto di difesa».

⁶⁹ Di riduzione del 25% dei tempi medi del processo penale entro il 2026; per avere un quadro completo che restituisce, dati statistici alla mano, il dramma della lunghezza dei procedimenti italiani, v. GIA-

to di formazione della prova come statuto epistemologico del giusto processo pare combinarsi poco e male. Non è un caso quindi che il solo intervento di rilievo per l'istituto in analisi attenga alla sua natura derogatoria rispetto al principio di immediatezza e risulti comunque retto dalla logica del risparmio di attività processuale: si allude alla prescrizione che vuole «documentate con le forme stabilite per il dibattimento» le prove assunte nell'udienza incidentale (art. 401 comma 5 c.p.p.), e cioè, per via dell'interpolazione nell'art. 510 c.p.p. del comma 2-*bis*, «anche con mezzi di riproduzione audiovisiva» quando si tratti di prove dichiarative e salva la «contingente indisponibilità» di quei mezzi o di personale tecnico⁷⁰.

Del resto, con la recente riforma si assiste a un cambio di prospettiva. Il discorso sulla vittima viene impostato diversamente, dall'angolatura del suo ruolo: chi patisce il reato è visto non tanto (o meglio, non più solo) come persona da proteggere quanto piuttosto come soggetto che ha – deve – avere un ruolo attivo⁷¹, questo sì tema che si lega a doppio filo all'efficienza della giustizia penale⁷². È utile che la vittima sia valorizzata nella veste di titolare di autonomi poteri decisivi per le sorti del processo. Sfumata la contrapposizione tra diritti della difesa – garanzie che rallentano – e scopi di difesa sociale⁷³ – necessità che accelerano –, l'obiettivo viene messo a fuoco sull'esigenza di non sovraccaricare la macchina giudiziaria dell'«onere di celebrare processi penali non

LUZ- DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 201 ss.

⁷⁰ Soluzione quella di estendere il ricorso obbligatorio alla videoregistrazione a tutte le ipotesi di incidente probatorio già caldeggiata da GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 669.

⁷¹ Aspetto, quello insito nel ragionare della vittima in termini di protezione e non in chiave di titolarità di poteri capaci di incidere attivamente sul processo, frutto di una «visione “paternalistica”», secondo PAULESU, *Vittima del reato e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 395.

⁷² È interessante qui richiamare quanto osserva LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *questa Rivista*, 2021, 3, 5 s., secondo cui «l'intervento novellatore palesa il proposito “pedagogico” [...] di ripristinare o, forse, rimodellare, anche agli occhi dell'Europa, l'immagine di un processo efficiente ottenibile con richiami al rigore dei suoi protagonisti pubblici». Ed è indubbio che l'interesse della persona offesa all'affermazione della responsabilità dell'autore del reato passa per il tramite di un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero.

⁷³ Lo sottolinea AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, cit., 10, il quale, nel mettere a raffronto efficienza e ragionevole durata del processo, osserva che quest'ultima è posta su un livello più alto, stando a significare «la virtù di una giustizia capace di raggiungere il risultato dell'accertamento in tempi contenuti che non infliggono all'imputato la pena della *servitus iustitiae* oltre misura».

funzionali alle istanze di tutela della vittima»⁷⁴. Coerente, quindi, in tale mutato contesto percorrere la via della deflazione processuale che, per tradizione, include l'offeso marcandone la traccia: il riferimento è all'ampliamento dell'area dei reati procedibili a querela⁷⁵, con la conseguenza che instaurazione del procedimento e sua prosecuzione – poiché ne esce dilatata la fruibilità di epiloghi conclusivi, *in primis* quello della remissione di querela – sono rimessi alla volontà dell'offeso dal reato.

La scelta, come si diceva, persegue obiettivi efficientistici a cui contribuisce la giustizia riparativa. Nei reati perseguibili a querela, quando ancora la persona offesa non ha manifestato la volontà di perseguire l'asserito autore del reato (art. 44 comma 3 d.lgs. n. 150 del 2022), l'esito riparativo comporta rinuncia alla presentazione della querela; si realizza così una riduzione del ricorso allo strumento penale con conseguente migliore e più razionale allocazione delle risorse disponibili⁷⁶.

4. *Lungo la via dell'efficienza: il senso della giustizia riparativa.* A parte questo caso, dove la giustizia riparativa si configura quale alternativa alla giustizia tradizionale, il nuovo paradigma non sembra avere un senso nell'ambito di una

⁷⁴ Corte cost., 25 novembre 2020, n. 248, in *Cass. Pen.*, 2021, 552. Assai significativo segnalare che l'ottenimento di una sintesi tra queste due istanze è obiettivo tenuto in conto anche dalla Consulta, la quale, chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità della scelta legislativa di escludere dalla procedibilità a querela il delitto di lesioni stradali gravi e gravissime di cui all'art. 590-bis c.p., ha occasione di «verbalizzare» il dubbio circa l'opportunità di un processo penale che prescindendo dalla volontà della persona offesa e ciò «a fronte dell'esigenza – di grande rilievo per la complessiva efficienza della giustizia penale – di non sovraccaricare quest'ultima». Tant'è che la Corte, pur non accogliendo la censura, ritenuto che la scelta normativa non fosse manifestamente irragionevole, lancia un invito al legislatore per una «rimediatazione sulla congruità dell'attuale regime di procedibilità per le diverse ipotesi contemplate dall'art. 590-bis cod. pen.».

⁷⁵ Opzione, quella di incidere sul regime di procedibilità per condizionare l'azione penale alla presentazione di un atto di volontà dell'offeso dal reato, già coltivata nella delega contenuta nella L. 23 giugno 2017, n. 103 (art. 1 comma 16 lett. a e b), su cui v. IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in www.lageislazionepenale.eu, 7 dicembre 2017, 2 ss., e riproposta all'art. 1 comma 15 L. n. 134 del 2021, direttiva che il d.lgs. n. 150 del 2022 ha attuato (cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., 318 ss.), su cui v. GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in www.sistemapenale.it, 2 gennaio 2023, 1 ss.

⁷⁶ Cfr. GIALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 358.

riforma che punta all'efficienza del processo penale⁷⁷. Si tratta di una «pratica terapeutica»⁷⁸, che la riforma Cartabia àncora al modello dialogico dell'incontro tra offensore e vittima, in ciò allineandosi alle definizioni contenute nelle fonti sovranazionali regolative⁷⁹, che può svilupparsi in parallelo all'accertamento giudiziario.

Sembrano quindi convivere nel medesimo intervento novellatore forze antitetiche. La spinta principale è quella di rendere la macchina giudiziaria capace di offrire risposta alla domanda di giustizia in tempi brevi. Si tratta di una preoccupazione che ritorna nei discorsi sulla giustizia penale da sempre, da prima che venisse consacrato nell'art. 111 comma 2 Cost. il principio di ragionevole durata. Il pensiero corre alle note sentenze della Corte costituzionale in tema di rimessione del processo (artt. 45 ss. c.p.p.), istituto che ha permesso di misurarsi, per così dire, “più scientificamente” con l'idea di efficienza⁸⁰, assurta a baluardo rispetto alla tendenza del processo a generare stalli ingiustificati. Con la costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata nel quadro dei valori primari del giusto processo⁸¹, il tempo (non irragionevole-

⁷⁷ Si tratta di principio che esprime la dimensione teleologica del diritto, come rileva TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2016, 1, 223. Il tema è affrontato nella prospettiva del dato statistico, oltre che nella sua portata giuridica, da GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit.

⁷⁸ In questi termini, ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 91, che mette in luce come sia fuorviante parlare di fatto, posto che i riflettori sono sulle persone e con l'obiettivo di districare i fili che legano l'evento criminoso alla personalità dell'autore.

⁷⁹ In particolare, la Raccomandazione CM/Rec (2018)8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la Raccomandazione R (99) 19 del Consiglio d'Europa, la Risoluzione Onu, ECOSOC 2000/14 e, naturalmente, la direttiva 2012/29/UE (art. 2 lett. *d*): fonti, tutte, che offrono una definizione di *restorative justice* secondo un approccio puro, olistico: cuore pulsante è il dialogo tra più soggetti (vittima, autore del reato, rappresentanti della comunità) in presenza di un terzo che lo facilita. A questo schema si rifà il legislatore della riforma Cartabia, come sottolinea PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, cit., al par. 2.

⁸⁰ Si allude alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47 comma 1 c.p.p., nella parte in cui stabiliva in capo al giudice precedente il divieto di pronunciare sentenza durante la pendenza del procedimento di rimessione. Soluzione pensata dal legislatore come ottimale per contemperare esigenze di economia processuale e di terzietà del giudice, viene censurata dalla Corte costituzionale, stante il riscontrato uso dilatorio della richiesta di rimessione, nella prassi presentata per allontanare nel tempo la decisione di merito, con l'effetto-limite di una paralisi del procedimento tale da «compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo». Testualmente, Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353, in *Cass. Pen.*, 1997, 1276, con nota di GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di rimessione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di ricusazione)*.

⁸¹ Si allude all'innesto nell'art. 111 Cost. delle garanzie del «giusto processo» per il tramite della L. cost. 23 novembre 1999, n. 2, appunto intitolata «Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione».

le) per arrivare a sentenza definitiva diventa «garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia»⁸², pertanto diritto fondamentale dell'accusato come pure dell'offeso⁸³, alle cui istanze la lunghezza eccessiva dei processi non giova⁸⁴. Sono però gli stessi giudici delle leggi a ribadire che un processo «non “giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁸⁵.

Se la questione dell'efficienza precede la riforma Cartabia, è tuttavia questa che l'ha formulata e battezzata. Il richiamo stesso nella rubrica della legge delega sembra indicativo⁸⁶ e non è un caso che, nel momento di sua accresciuta centralità per effetto del dibattito sviluppatosi attorno al progetto riformatore, la Consulta sia giunta a definire l'efficienza stessa addirittura un «connotato identitario della giustizia del processo»⁸⁷.

⁸² In questi termini, FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, 55.

⁸³ La Corte di Strasburgo ha riconosciuto violato il diritto della vittima alla ragionevole durata del processo (art. 6 par. 1 C.E.D.U.) nella nota pronuncia Corte EDU, 18 marzo 2021, *Petrella c. Italia*, in *Cass. Pen.*, 2021, 2580; in particolare, ai fini del «termine ragionevole», il periodo da considerare per la persona che sostiene di essere stata lesa da un reato inizia nel momento in cui la stessa esercita uno dei diritti e delle facoltà che le sono espressamente riconosciute dalla legge, quindi, nel caso di specie, dal giorno in cui il ricorrente aveva sporto denuncia fino alla decisione di archiviazione adottata dal giudice per le indagini preliminari (v. parr. 39-43).

⁸⁴ Lo rileva PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit., 48, che aggiunge come neppure giovino alla vittima amnistie, prescrizioni e istituti analoghi. Sulla questione della prescrizione, specchio dell'ineffettività del sistema penale che «condiziona e pregiudica la tutela delle vittime», destinatarie di «sentimenti di ingiustizia e di impotenza» a fronte di un diritto penale «sistematicamente neutralizzato dalla prescrizione dei reati», SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 465. Di recente, ritorna sulla causa estintiva – il cui operare è interrotto dopo la pronuncia della sentenza di primo grado (di assoluzione e di condanna), o del decreto penale di condanna, fino alla data di esecuzione della sentenza definitiva o dell'irrevocabilità del decreto penale (ai sensi dell'art. 159 c.p., per come modificato dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3, cosiddetta “legge spazzacorrotti”) – esaminandola in controluce con la differente prospettiva che interessa l'offeso dal reato, PULITANÒ, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, 31. Sulla stessa lunghezza d'onda, in un discorso che lega a doppio filo prescrizione del reato e ragionevole durata del processo, considerata la prima l'unico congegno capace di rendere effettiva la seconda, AMODIO, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1822, ci ricorda che «la celerità processuale è al servizio del diritto sostanziale per consentirgli di raggiungere una meta in cui l'eventuale applicazione della pena continui ad avere un significato politico-sociale per la collettività».

⁸⁵ V. Corte cost., 4 gennaio 2009, n. 317, par. 8 del Considerato in diritto.

⁸⁶ Significativamente titolata «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

⁸⁷ Così Corte cost., 24 marzo 2022, n. 74, in *Giur. cost.*, 2022, 890.

In che modo si combinino con tale istanza percorsi di giustizia riparativa, per loro natura a priori non definibili nella durata⁸⁸, tant'è che nello svolgimento degli incontri sono garantiti «tempi adeguati alle necessità del caso» (art. 55 comma 2 d.lgs. n. 150 del 2022), è questione da chiarire. Per farlo, è necessario inquadrare il problema sotto lo sguardo centralizzato del sistema penale, per come innovato nell'insieme. La dottrina ha già tentato una lucida ricostruzione a chiarimento dei rapporti tra giustizia tradizionale e giustizia riparativa, per ciò che essa comporta sul sistema sanzionatorio e, si potrebbe dire a cascata, sul processo penale.

Riportiamo qui l'essenziale del ragionamento. Tolto peso alla pena detentiva attraverso un ampliamento del raggio applicativo delle pene sostitutive (art. 20-*bis* c.p.)⁸⁹, viatico nel rafforzamento dell'ambito operativo dei riti premiali⁹⁰; incrementata l'area della non punibilità in concreto ricorrendo a istituti noti (procedibilità a querela, sospensione del procedimento con messa alla prova, non punibilità per particolare tenuità del fatto), ospitanti forme di riparazione/conciliazione in vista di obiettivi di deflazione dove l'indagato/imputato è il protagonista e la vittima comparsa⁹¹, non si poteva non aprire alla giustizia riparativa. La ragione sta nel fatto che tale paradigma si presenta funzionale a offrire alla vittima quella tutela che la giustizia punitiva statale non è in grado di assicurarle⁹². Ci si adegua alle indicazioni eurounitarie che reclamano sod-

⁸⁸ Al punto che AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, cit., 14, la considera materia «estranea] al regime dettato allo scopo di garantire la ragionevole durata del processo».

⁸⁹ Introdotto dall'art. 1 comma 1 lett. a d.lgs. n. 150 del 2022, contiene l'elenco delle pene sostitutive: la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo e la pena pecuniaria sostitutiva, disciplinate nel riscritto capo III, «Pene sostitutive delle pene detentive brevi», L. 24 novembre 1981, n. 689. Per un inquadramento sistematico delle modifiche apportate, v. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 febbraio 2023, 1 ss.

⁹⁰ La carica deflativa connessa ai riti speciali, in particolare al giudizio abbreviato (art. 438 c.p.p.) e all'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.), non dipende dalle modifiche della relativa disciplina, invero scarse e poco significative, ma appunto dalle innovazioni che hanno riguardato il sistema sanzionatorio, dal momento che «il premio è reso più allettante poiché incrementa il vantaggio ventilato: non solo riduzione del quantum sanzionatorio, ma anche sostituzione della pena detentiva con forme più morbide di punizione»: così PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 11.

⁹¹ Cfr. PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 10 ss., la quale, partendo dal rilievo che la L. n. 134 del 2021 assegna alle modalità alternative di conclusione anticipata del processo, funzionali alla deflazione del carico giudiziario, si interroga sul ruolo riservato alla giustizia riparativa e sulla coabitazione della stessa con preesistenti forme di riparazione *post factum* dell'offesa (v. art. 162-*ter* c.p.).

⁹² I sistemi penali, scrive MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di Bertagna-Ceretti-Mazzucato, Milano, 2015, 263, «sono, in

disfazione della esigenza di riparazione completando la tutela dell'offeso finora offerta sul piano della protezione. Non a caso, nel quadro dei soggetti titolari a partecipare alla procedura riparativa un ruolo centrale è svolto dalla vittima, nell'ampia accezione qui accolta (art. 42 d.lgs. n. 150 del 2022).

L'effetto deflativo c'è: per i reati procedibili a querela rimettibile l'esito riparativo implica remissione tacita di querela – secondo l'interpolato comma 3 n. 2 dell'art. 152 c.p. e l'aggiunta lett. *p-ter* dell'art. 90-*bis* c.p.p. –; in generale, ogniqualvolta la riuscita della partecipazione al programma riparativo si situi in contesti già a vocazione deflativa, come nel caso della sospensione del procedimento con messa alla prova, da cui l'estinzione del reato (art. 464-*bis* comma 4 lett. *c* c.p.p.) o della particolare tenuità del fatto come ipotesi di archiviazione (art. 411 comma 1-*bis* c.p.p.)⁹³. Ma tale effetto è parziale⁹⁴, resta collaterale⁹⁵, passa in secondo piano rispetto al contributo che la giustizia riparativa dà all'«efficienza», intesa come condizione di una giustizia che, ricostruendo «il legame con la comunità»⁹⁶ attraverso il «riconoscimento della vittima» e la «responsabilizzazione dell'autore» (art. 43 d.lgs. n. 150 del 2022), realizza il fine della coesione sociale e riduce il rischio di ricaduta nel reato.

Lo si evince dal fatto che, da un lato, non si è ritenuto utile porvi limiti: non ci sono preclusioni per «fattispecie di reato» o per «sua gravità» (art. 44 comma 1 d.lgs. 150 del 2022) e non sono previsti sbarramenti temporali, dal momento che ai programmi di giustizia riparativa si può accedere «in ogni stato e grado del procedimento penale», come pure «nella fase esecutiva della pena e

generale, del tutto inadeguati, impreparati e non attrezzati ad aiutare le vittime, riconoscere la complessità della loro condizione, contribuire a superare il trauma, trovare risposte ai tormenti che le abitano».

⁹³ Per PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni*, cit., al par. 4, sarebbe l'innesto nell'art. 131-*bis* c.p. dell'inciso «anche in considerazione della condotta susseguente al reato», quale fattore indicativo della tenuità dell'offesa, ad aprire spazio a percorsi riparativi che, ove intrapresi nella fase delle indagini, possono portare il pubblico ministero a chiedere l'archiviazione.

⁹⁴ Si allude qui alle ricadute senza deflazione, alla valutazione dell'esito riparativo ai fini della commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. (art. 58 comma 1 d.lgs. n. 150 del 2022), dell'applicazione delle circostanze attenuanti comuni (art. 69 n. 6 c.p.) e della sospensione condizionale della pena non superiore a un anno (art. 163 comma 4 c.p.).

⁹⁵ Lo rilevava già MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire*, cit., 618 a proposito della negoziabilità sostanziale sottesa alla giustizia riparativa, disinteressata a logiche di economia processuale, di cui è invece intrisa la negoziabilità propria del patteggiamento. Insiste nel sottolineare l'esiguità dell'effetto deflativo collegato alla giustizia riparativa, PALAZZO, *Playdoyer per la giustizia riparativa*, in www.laegislazionepenale.eu, 31 dicembre 2022, in particolare 2 e 5.

⁹⁶ Vera finalità della giustizia riparativa secondo ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, cit., 88.

della misura di sicurezza», dopo la relativa esecuzione e a seguito delle sentenze di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto della condizione di procedibilità o a causa dell'improcedibilità ai sensi dell'art. 344-*bis* c.p.p. o per intervenuta estinzione del reato (art. 44 comma 2 d.lgs. 150 del 2022). Dall'altro, va considerato che il procedimento penale beneficia della "deflazione da giustizia riparativa" se questa si compie entro il primo grado di giudizio: prima della dichiarazione di apertura del dibattimento o prima che sia pronunciata sentenza di non luogo a procedere nell'udienza di comparizione predibattimentale (art. 554-*ter* comma 2 c.p.p.) - ossia nei termini previsti per le richieste di riti speciali atipici, avanzate nei procedimenti privi dell'udienza preliminare - e salva l'ipotesi della remissione di querela, sempre possibile fino alla condanna (art. 152 comma 4 c.p.)⁹⁷.

Dal cambio di paradigma nella tutela della vittima è derivato un rapporto biunivoco tra procedimento penale e procedura riparativa⁹⁸. Il primo schiude alla seconda, per il tramite del congegno processuale di cui all'art. 129-*bis* c.p.p. che regola l'eventuale avvio dei percorsi riparativi⁹⁹, mentre questi ultimi rifluiscono all'interno dell'accertamento giudiziario senza che escano alterate regole e struttura del processo sul cui esito il programma riparativo è destinato a incidere.

Un tanto ci induce a verificare se la disciplina organica dalla *restorative justice* risponda ai canoni e alle regole che conformano l'esercizio del potere giurisdizionale, presupposto di invio di imputato e vittima ai Centri per la giustizia riparativa (artt. 63-67 d.lgs. n. 150 del 2022) e sede in cui sono destinati a operare gli esiti riparativi. La questione non è di poco conto se pensiamo alle diverse coordinate che sovrintendono le due forme di giustizia considerate, l'una improntata al principio di legalità (art. 111 comma 1 Cost.), l'altra gioco-forza connotata da un certo grado di flessibilità e indeterminatezza.

⁹⁷ Lo rileva PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni*, cit., al par. 4, che giudica «a tempo scaduto» l'avviso di accesso ai programmi riparativi contenuto nel decreto di citazione per il giudizio di appello.

⁹⁸ Parlano di complementarità, fra gli altri, PALAZZO, *Playdoyer per la giustizia riparativa*, cit., 6; DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in www.la-legislazionepenale.eu, 2 febbraio 2023, 10.

⁹⁹ Scelta, quella di formulare una norma generale applicabile in ogni stato e grado del procedimento, ritenuta preferibile rispetto all'inserimento, nelle singole fasi processuali, di ponti di collegamento. Cfr. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 15.

5. Segue. *Regole di bilanciamento*. Al quesito posto sembra potersi dare risposta positiva. Dalla costruzione normativa della giustizia riparativa è difatti possibile ricavare la compatibilità del nuovo paradigma con i valori del *fair trial*: tutela dei diritti fondamentali e dell'accertamento del fatto di reato secondo principi e regole del giusto processo restano i poli attorno a cui ruota la disciplina organica.

La presunzione di innocenza - quando l'innesto riparativo si compie in fase di cognizione - è tutela fondamentale, rispettata dal legislatore della riforma attraverso una serie di puntuali prescrizioni. In sede di ricognizione, e mossi dall'intento di porre l'accento su quelle norme che ci sembrano più rappresentative¹⁰⁰, rientrano nel cono di luce dell'art. 27 comma 2 Cost. (art. 6 par. 2 C.E.D.U.; art. 48 CdFUE) «l'equa considerazione dell'interesse della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa», perifrasi quest'ultima con cui si è voluto esprimere ossequio al valore dell'innocenza dell'accusato finché è in corso la ricostruzione dei fatti e delle responsabilità penali (art. 43 comma 1 lett. b d.lgs. n. 150 del 2022), come pure l'inutilizzabilità nel procedimento penale delle «dichiarazioni rese» e delle «informazioni acquisite» nel corso del programma (art. 51 d.lgs. n. 150 del 2022)¹⁰¹. È, quest'ultima, una previsione di estrema importanza, intesa a chiarire, in ossequio al principio di tassatività in materia di divieti probatori (art. 191 c.p.p.)¹⁰², che l'utilizzo nel processo penale dei contenuti emersi nell'incontro tra le parti violerebbe la presunzione di non colpevolezza, vinta da atti probatori inutilizzabili e tali

¹⁰⁰ Per un commento analitico della disciplina, che tocca anche le criticità ravvisate nella stessa rispetto ai valori del processo penale quali l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), l'imparzialità del giudice (art. 111 comma 2 Cost.), la stessa presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), superandole, quantomeno in ordine al principio di obbligatorietà, tanto da affermare che il legislatore della riforma «tiene in conto i bilanciamenti di interessi costituzionali in conflitto», v. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 1 marzo 2023, 22.

¹⁰¹ V. BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 1265 s.

¹⁰² Principio ribadito dalla Corte costituzionale (Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, in *Giur. cost.*, 2019, 2581), che nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. ove non prevede un'estensione dell'inutilizzabilità agli esiti probatori, nella fattispecie del sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato conseguiti a perquisizione e ispezione illegittimamente eseguite, afferma come il *petitum* sia «fondato su una richiesta fortemente "manipolativa" [...] che finisce ineluttabilmente per coinvolgere scelte di "politica processuale" che la stessa Costituzione riserva al legislatore». V., in dottrina, SCCELLA, voce *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 489 ss.; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, *passim*; GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 698 ss.

perché lesivi di diritti individuali: del diritto di difesa, dal lato dell'imputato¹⁰³. Inservibile, irrilevante ai fini decisorio è, di riflesso, il mancato raggiungimento di un risultato riparativo, come anche la rinuncia a proseguire nel programma – è sempre consentito ai partecipanti revocare la loro volontà –, fattori entrambi che il giudice non può prendere in considerazione per convincersi della condanna o dell'assoluzione. D'altro canto, anche ove a un esito riparativo si arrivi, esso non è interpretabile come sintomatico di un'ammissione di responsabilità, non richiesta¹⁰⁴.

Ma soprattutto, la sanzione in questione, nel porre limiti all'orizzonte cognitivo del giudice, esplicita che è prevalente l'esigenza di tutela dell'attendibilità dell'accertamento¹⁰⁵. Finalità tenuta in conto anche nella disciplina del dovere di «riservatezza», in capo a mediatori e personale dei Centri per la giustizia riparativa sulle attività svolte e gli atti compiuti durante lo svolgimento dei programmi, sulle dichiarazioni rese dai partecipanti e sulle informazioni acquisite (art. 50 d.lgs. n. 150 del 2022)¹⁰⁶, *in tandem* con la tutela del segreto, articolata secondo regole scritte sulla falsariga delle garanzie accordate al difensore *ex art.* 103 c.p.p. (art. 52 d.lgs. n. 150 del 2022).

Del resto, il *focus* non poteva che essere l'accertamento che si compie nel procedimento penale, l'unico possibile. In sede riparativa non c'è attività cognitiva, il reato resta sullo sfondo, venendo alla ribalta la relazione umana che si stabilisce tra le parti in conflitto che partecipano ai programmi esprimendo il loro consenso (art. 43 comma 1 lett. *d* d.lgs. n. 150 del 2022): personale, libero, consapevole, informato, scritto, revocabile e raccolto dal mediatore designato nel corso del primo incontro (art. 48 commi 1 e 6 d.lgs. n. 150 del

¹⁰³ Si parla al riguardo di «divieto legale di impiego probatorio», volto a ripercuotersi «sulla decisione, sulla validità della motivazione, e sarà censurabile in sede di impugnazione»: cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., 380 e la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario, cit., 302.

¹⁰⁴ Viene richiesto il riconoscimento di un coinvolgimento da parte di chi si considera autore del fatto nel fatto storico.

¹⁰⁵ L'art. 51 contempla eccezioni, per cui la sanzione non opera con riguardo alla relazione redatta dal mediatore che, al termine del programma, viene trasmessa all'autorità giudiziaria, contenente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo (art. 57 d.lgs. n. 150 del 2022) e in relazione alla rivelazione delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite nel contesto riparativo per consenso dei partecipanti o per ragioni di assoluta necessità, che il mediatore ritenga sussistente, al fine di evitare la commissione di imminenti o gravi reati o quando siano le stesse dichiarazioni rese a integrare «di per sé reato» (art. 51 comma 1 d.lgs. n. 150 del 2022).

¹⁰⁶ Scrive ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, cit., 94, che il programma riparativo «è pensato come un contenitore dalle pareti impermeabili, quanto meno finché è in corso il parallelo procedimento giudiziario nel quale l'esito riparativo potrebbe essere speso».

2022). Da tale angolatura si spiega il criterio relativo a «l'accertamento dei fatti», cioè alla responsabilità circa il reato, previsto nel comma 3 dell'art. 129-*bis* c.p.p., rispetto al quale il giudice deve compiere un vaglio negativo, dovendo egli escludere che l'avvio del programma riparativo «comporti un pericolo concreto» per la finalità accertativa del processo e per gli interessati¹⁰⁷ ed uno positivo, se detto programma possa risultare utile a ricomporre sui versanti della riparazione materiale oppure simbolica.

La prospettiva che il *fair trial* si realizzi anche attraverso la giustizia riparativa emerge chiaramente se si osserva il lato dei diritti difensivi, garantiti a cominciare da quelli base: i diritti informativi e di assistenza linguistica. La facoltà di accedere ai programmi riparativi deve essere portata a conoscenza della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima (art. 47 d.lgs. n. 150 del 2022), da parte dell'autorità giudiziaria¹⁰⁸ (dei servizi coinvolti nell'assistenza alle vittime e in generale di chi entri in contatto con i possibili partecipanti ai programmi riparativi), in rispondenza ai principi di tempestività, completezza, effettività e adeguatezza, perciò in modo misurato rispetto ad età e capacità dei destinatari dell'informazione e in una lingua comprensibile, se non si conosce quella italiana (art. 47 comma 5 d.lgs. n. 150 del 2022). Aperto il percorso riparativo, è poi garantito, in simmetria con quanto riconosciuto in sede processuale agli artt. 143 e 143-*bis* c.p.p., il diritto all'assistenza gratuita dell'interprete e il diritto alla traduzione della relazione del mediatore, per chi non parli o non comprenda l'idioma (art. 49 commi 1 e 2 d.lgs. n. 150 del 2022).

Mentre la disciplina organica pare in grado di sopportare il bilanciamento tra diritti della vittima e prerogative dell'imputato, è proprio la norma generale dell'art. 129-*bis* comma 1 c.p.p. a sollevare perplessità nei suoi rapporti con la presunzione di innocenza, là dove prevede l'invio *ex officio* da parte dell'autorità giudiziaria dell'imputato al Centro per la giustizia riparativa. Aspre le critiche avanzate al proposito sull'assunto che un simile meccani-

¹⁰⁷ Oltre a un vaglio positivo parametrato sull'utilità dell'accesso «alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede». Verifica, quest'ultima, su cui si è addensato il dubbio se compatibile con il carattere anti-cognitivo della giustizia riparativa, con l'incapacità accertativa dei programmi che la definiscono. Ragione per cui, per MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen.*, 2023, 2, 33, la previsione «appare di difficile ricaduta concreta».

¹⁰⁸ V. gli artt. 90-*bis*.1, 293 comma 1-*bis*, 386 comma 1 lett. *i-bis*, 415-*bis* comma 3, 429 comma 1 lett. *d-bis*, 460 comma 1 lett. *h-bis*, 552 comma 1 lett. *h-bis*, 601 comma 3 c.p.p.

smo, per cui è il giudice (o il pubblico ministero)¹⁰⁹ a spingere l'imputato verso soluzioni riparative, viola il principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost.¹¹⁰. E tale contrasto è destinato a protrarsi, o meglio non pare efficacemente contenuto dalle previste cautele legislative, in caso di mancato raggiungimento dell'esito riparativo, posto che tale accadimento potrebbe pesare negativamente sulla posizione dell'accusato¹¹¹. Si tratta di rischio riconosciuto anche da chi obietta che tali preoccupazioni sarebbero dettate dai possibili pregiudizi dell'autorità giudiziaria quando, invece, le norme interessate (artt. 48, 54 e 58 d.lgs. n. 150 del 2022) sono state ideate con l'intento di scongiurare che dalla mancata adesione al programma o dal fallimento del medesimo derivino conseguenze negative per il prevenuto¹¹². D'altra parte, occorre riconoscere che il principio di volontarietà, su cui si basa la partecipazione al programma di giustizia riparativa e che si invoca a superamento delle accennate perplessità¹¹³, non pare dirimente se consideriamo che il problema di compatibilità con le regole del giusto processo nasce per effetto dell'innesto della giustizia riparativa nel procedimento di cognizione.

¹⁰⁹ Perché unico a disporre del fascicolo prima dell'esercizio dell'azione penale; era prevista un'iniziativa analoga rispetto all'archiviazione meritata ed è ora stabilito che la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova possa essere formulata «anche su proposta del pubblico ministero» (art. 464-bis c.p.p.).

¹¹⁰ Per parte della dottrina, nell'esercizio dei poteri officiosi vi sono insite connotazioni autoritative e una «non lieve forma di coazione sull'imputato e sulla vittima»: cfr. MAZZA, sub art. 129-bis, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2023, I, 1969 s. Per l'A. vi è totale incompatibilità tra giustizia riparativa e processo penale: la giustizia riparativa in fase di cognizione non rispetta la presunzione di innocenza, «in quanto presuppone una già intervenuta cristallizzazione dei ruoli, colpevole e vittima, che per la logica del processo penale non solo non possono essere affermati fino all'accertamento definitivo di responsabilità ma sono addirittura ribaltati dalla previsione costituzionale per cui l'imputato va considerato non colpevole e la vittima va presunta non tale». Il sistema di giustizia riparativa, si fonda, viceversa, su una visione vittimocentrica che presuppone la colpevolezza dell'imputato. Al riguardo, v. ancora MAZZA, *Attenti però: presunzione d'innocenza e riparazione non sono conciliabili*, in *Il dubbio*, 13 marzo 2023.

¹¹¹ Nel Documento della Giunta dell'UCPI del 9 settembre 2022 si sottolinea come, in tema di giustizia riparativa, il punto di maggior criticità si raggiunga «con l'inserimento nel codice di rito del nuovo art. 129-bis c.p.p. Conforme alla delega e in linea con una concezione non strumentale dell'istituto sarebbe stata la previsione che riservasse l'iniziativa dell'accesso al percorso di giustizia riparativa al solo imputato. La disciplina di attuazione prevede invece che la proposta, in alcuni casi un vero e proprio ordine, possa provenire anche dal giudice e dal P.M. con le evidenti conseguenze sulla genuinità del consenso».

¹¹² Cfr. BOUCHARD, *Commento al titolo IV de decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *www.questionegiustizia.it*, 7 febbraio 2023, 9.

¹¹³ Si veda PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023, 8.

6. *Orizzonti futuri, visti di lassù*. Avviandoci alle conclusioni, preme segnalare una sensazione, e cioè che quando si guarda il mondo di lassù ogni cosa pare diversa: assume un'altra prospettiva¹¹⁴. Quella emersa dalle riflessioni fin qui svolte è che il tema della vittima si presta ad essere terreno privilegiato per ragionare su diritti, garanzie ed efficienza nell'ambito dell'accertamento penale. Al legislatore della riforma va il merito di avere dato vita a un cambiamento, consistito nella volontà di tenere insieme, l'una accanto all'altra, concezioni e pratiche di giustizia opposte, l'una inscritta all'interno del diritto punitivo (seppure ammodernato), l'altra in quello riparativo, senza arrivare all'annullamento reciproco delle istanze in gioco ma propiziando combinazioni che, almeno sulla carta, aprono strade nuove¹¹⁵.

In entrambe il ruolo della vittima esce valorizzato: nel contesto riparativo, si è fatto notare che il soggetto passivo del reato recupera «una centralità impensabile nella giurisdizione di cognizione»¹¹⁶, che però non è immune da un rafforzamento del ruolo dell'offeso. Lo si evince dal cresciuto coinvolgimento nell'ambito di meccanismi deflativi e/o riparativi¹¹⁷, già richiamati. Più reati procedibili a querela significa maggior numero dei procedimenti che possono chiudersi per intervenute cause estintive del reato, con inevitabile contenimento della durata di quelli destinati a proseguire. La vittima è in questi casi restituita della propria autonomia valutativa, essendo posta nelle condizioni di attivare la forma di tutela che più ritiene conveniente in proporzione all'offesa e al danno arrecati dal reato¹¹⁸. Con la consapevolezza che se si attiva la macchina processuale, presentando atto di querela, occorre poi assumersi la re-

¹¹⁴ Si è presa a prestito l'immagine tratta da CALVINO, *Il Barone rampante*, Milano, 2021, 15, nella descrizione del mondo visto da Cosimo, salito sull'elce.

¹¹⁵ In fondo è questa la storia del diritto occidentale, come ci ricorda SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005. Si riporta qui la riflessione di MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *questa Rivista*, 2021, 2, 9, che, pur salutando con favore l'innovazione della giustizia riparativa, rileva come il suo inserimento in un sistema penale ancora carcere-centrico, benché modificato, sarebbe risultato a livello legislativo non facile.

¹¹⁶ Così per BONINI, *Linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 20.

¹¹⁷ Lo segnala come una delle direttrici attraverso cui si dipana il percorso evolutivo dell'offeso dal reato nel sistema processuale nostrano, PAULESU, *Vittima del reato e processo penale*, cit., 390.

¹¹⁸ A lei, in particolare, spetta «la valutazione circa la meritevolezza della pena applicabile in concreto quale conseguenza del reato», come sottolinea PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 15.

sponsabilità di farsi “parte diligente”¹¹⁹, restando «vigile»¹²⁰. In questa direzione si è orientata l’azione riformatrice, a cominciare dall’obbligo, già ricordato, di dichiarare o eleggere domicilio e di aggiornare tale comunicazione (art. 90-*bis* comma 1 lett. *a-bis*, *a-ter*, *a-quater* c.p.p.).

È poi da leggere nella prospettiva di una maggiore considerazione delle istanze dell’offeso l’art. 415-*ter* c.p.p., di nuovo conio¹²¹, in base al quale, scaduto il periodo di riflessione per le relative determinazioni (art. 407-*bis* comma 2 c.p.p.), nel caso in cui il pubblico ministero non abbia disposto la notifica dell’avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* c.p.p.) né esercitato l’azione penale o richiesto l’archiviazione, il fascicolo delle indagini preliminari è depositato in segreteria. Di tale deposito la persona offesa che abbia palesato l’interesse a essere informata della conclusione delle indagini viene avvisata e avrà possibilità di esaminare la documentazione relativa alle indagini e di estrarne copia. Laddove, dalla notifica dell’avviso di deposito o dal decreto del procuratore generale che tale notifica prescriva (art. 415-*ter* comma 3 c.p.p.), sia decorso un mese senza che il pubblico ministero abbia assunto le sue determinazioni, l’offeso può chiedere al giudice di ordinare al pubblico ministero di decidere¹²².

¹¹⁹ Ritene che l’idea per cui sono le persone a fare della giustizia penale un sistema all’altezza del proprio compito sia il valore aggiunto della riforma Cartabia, LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., 5 ss.

¹²⁰ L’espressione è usata da BACCARI, *I nuovi meccanismi per superare le stasi procedurali dovute all’inerzia del pubblico ministero*, in *La Riforma Cartabia, Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, cit., 268.

¹²¹ Oltre a GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 45 ss., v. con riguardo alle direttive di delega di cui all’art. 1 comma 9 lett. e ed fL. n. 137 del 2021, FONTI, *Strategie e virtuosismi per l’efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in *“Riforma Cartabia” e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Milano, 2022, 108 ss. e in ordine alle soluzioni governative, BACCARI, *I nuovi meccanismi per superare le stasi procedurali dovute all’inerzia del pubblico ministero*, cit., 263 ss.

¹²² L’interesse della persona offesa è quello di coadiuvare il pubblico ministero in vista dell’accertamento del fatto di reato e della giusta punizione del colpevole. Cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., 27 febbraio 2015, n. 23, in *Cass. Pen.*, 2015, 2646, con cui è stato dichiarato illegittimo l’art. 459 comma 1 c.p.p. nella parte in cui prevedeva la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati procedibili a querela, alla definizione del procedimento con decreto penale di condanna. Nel corpo della motivazione, si argomenta, a sostegno dell’eccentricità di quella facoltà, guardando ai casi dell’opposizione del querelante e, più in generale, della persona offesa a pronunce, quali l’archiviazione o la sentenza di non doversi procedere per tenuità del fatto nel rito di pace, certamente non soddisfattive dell’interesse dell’opponente. Al contrario, «con l’emissione del decreto penale di condanna il querelante vede soddisfatta la sua “volontà” di punizione dell’imputato» (v. p. 2650).

Si tratta di modifica normativa che raccoglie ciò che il procedimento penale può offrire alla persona offesa, ossia aprirle spazi d'azione nell'ottica di «un arricchimento del contraddittorio e, quindi, del quadro decisorio del giudice», sulla premessa che «il processo penale non può essere il luogo per tutelare pienamente le vittime del reato»¹²³. Le ragioni sono connesse ai delicati bilanciamenti che l'accertamento penale esige, poiché entra in gioco la libertà personale dell'accusato, inviolabile, e il suo diritto alla prova: sul primo versante, la prospettiva di evitare il ripetersi di condotte criminose a danno della vittima acuisce il problema dell'uso delle cautele in funzione di prevenzione speciale¹²⁴; quanto al secondo aspetto, è rimesso all'interprete il compito di garantire equilibrio tra l'esigenza di protezione della vittima in condizione di vulnerabilità, perciò più di altre esposta al rischio di vittimizzazione secondaria, e il diritto di difesa del prevenuto.

Il cambio di paradigma offerto dalla giustizia riparativa permette di fuoriuscire dalle logiche proprie della dinamica procedimentale. La circostanza di essere in presenza di un fatto penalmente rilevante comporta che il rito penale sia «luogo naturale in cui le parti in conflitto vanno informate della possibilità di iniziare un percorso»¹²⁵ riparativo, che però si conforma a principi e obiettivi propri (art. 43 d.lgs. n. 150 del 2022). Mira a offrire migliore protezione alla vittima del reato, definita tale nel solo contesto della disciplina organica della giustizia riparativa (art. 42 comma 1 lett. *b* e *d* d.lgs. n. 150 del 2022), passando per la responsabilizzazione della persona indicata come l'autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità¹²⁶. Ambisce alla riparazione, non come risultato collegato ad adempimenti di tipo risarcitorio, secondo dinamiche sempre esistenti nel diritto penale e processuale, ma quale effetto dell'accordo tra offeso e offensore che giunge all'esito di un percorso di in-

¹²³ QUATTROCOLO, *Vittima e processo penale: commistione di ruoli e di funzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 597.

¹²⁴ Cfr. GIULIANI, *Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" - La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, in *Rev. Bras. De direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, set-dez. 2021, p. 1585 s.

¹²⁵ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 13.

¹²⁶ Cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., 535, che pone l'accento sulla ricaduta della dimensione riparativa in termini di ristabilimento dei legami con la comunità.

contro¹²⁷. Per questo, il ruolo del difensore della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima di reato è circoscritto, limitato all'intervento ai colloqui preliminari (art. 54 comma 2 d.lgs. n. 150 del 2022) e all'assistenza dei partecipanti nella definizione degli accordi relativi all'esito materiale (art. 56 comma 5 d.lgs. n. 150 del 2022).

In buona sostanza, il modello di giustizia riparativa persegue un interesse che sta sopra ai singoli individui, al rispettivo bisogno di riparazione dell'offesa e di espiazione della colpa, e che punta a superare il conflitto, suturando le ferite causate dal reato. Se la giustizia riparativa funzionerà, a trarne vantaggio sarà l'intera collettività per l'effetto di stabilizzazione sociale che deriva dalla conciliazione tra la vittima e l'autore del reato sotto il profilo del pericolo di recidiva.

Tuttavia, l'aver configurato una disciplina di *restorative justice* in parallelo al procedimento penale e con ricadute nel processo comporta che principi e garanzie del giusto processo debbano essere rispettate nel caso di avvio della procedura riparativa. In proposito, qualche perplessità è lecito nutrire. Non in riferimento alla disciplina organica in sé: essa presenta uno statuto di garanzie e diritti accostabili, molto simili, a quelli previsti nel procedimento penale, perciò frutto di bilanciamento¹²⁸. È piuttosto il momento in cui si dà avvio al programma riparativo, che è rimesso alla iniziativa anche d'ufficio di giudice e pubblico ministero, garanti della presunzione di non colpevolezza, a far dubitare del corretto bilanciamento tra diritti dell'imputato e diritti della vittima, senza contare le ripercussioni che l'infruttuoso svolgimento del programma riparativo potrebbe avere sull'esercizio dei diritti difensivi dell'accusato e sul libero convincimento del giudice¹²⁹.

Si può allora dire che processo penale e giustizia riparativa rappresentano certamente sistemi diversi, dotati di obiettivi, codici linguistici, principi e regole propri. Tuttavia, nella misura in cui si tratti di contemperare diritti di soggetti portatori di interessi contrapposti, quello della vittima alla protezione e quello

¹²⁷ Cfr. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 115, che enfatizza il richiamo che le fonti riguardanti la giustizia riparativa fanno al «procedimento» per definire tale modello di giustizia.

¹²⁸ In linea con l'opzione della riforma per una giustizia riparativa *process-based view* che si contrappone a quella della giustizia riparativa vista come risultato, cioè *outcome-based view*: v. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, cit., 24.

¹²⁹ Si rinvia qui alle considerazioni critiche sviluppate da MAZZA, sub *art. 129bis*, cit., 1971 ss.

dell'imputato a difendersi dall'accusa mossa nei suoi confronti, i due modelli di giustizia offrono sì una tutela a due facce...ma della stessa medaglia.