

***“Tra retorica e persuasione, ovvero
la persona offesa ai tempi della riforma”***

Rovigo, 20 ottobre 2017

Relazione al Convegno

“Quale futuro per la giustizia penale?”

1.

Il titolo della mia relazione richiama in modo evidente l'opera principale di Carlo Michelstaedter: “la Persuasione e la Rettorica”.

È un autore che mi piace leggere, che mi affascina nella sua poetica e, devo dire, pure nella sua vicenda sfortunata. Personaggio inquieto – muore suicida a 23 anni nel 1910 –, criticava la società del suo tempo, ritenendola vittima di una sorta di meccanicismo, di uno stato di cose, cioè, nel quale tutto è privato del proprio valore intrinseco e anche le mansioni più elevate – Michelstaedter fa proprio l'esempio del giudice – vengono espletate non per il ruolo cui sono preposte, ma per calcolo, per fare soldi, per ragioni eminentemente pragmatiche. Tutto questo ricade nella definizione di *retorica*.

Poi c'è la *persuasione*. È la metafora del peso. Un peso per sua natura scende verso il basso; la sua vocazione è trovare un punto più basso del precedente; quando, però, il peso sarà giunto a terra, avrà raggiunto il momento più elevato della propria esistenza, visto che non potrà scendere ulteriormente. Al contempo, però, esso sarà annullato, poiché perderà la principale delle proprie caratteristiche: appunto, essere un peso e, quindi, scendere ancora. Allo stesso modo l'uomo deve cercare la propria massima realizzazione. E per farlo deve uscire dagli schemi della retorica; rimanendo, però, impotente di fronte alla società odierna, l'unica soluzione – dice Michelstaedter – è il suicidio. Con il suicidio l'uomo rifiuta definitivamente le imposizioni e le convenzioni sociali, ma al contempo si annulla. Esattamente come il peso. Questo, per inciso, è stato il significato del suicidio del giovane filosofo.

Al di là della poetica di questo autore straordinario, il dissidio tra retorica e persuasione mi ricorda quello che, nell'odierno processo penale, sta accadendo alla persona offesa. Quello che le sta facendo la riforma Orlando, per intenderci, a seguito di tutto quello che è successo dal 2015 in poi con l'attuazione della direttiva 29/2012/UE.

E da qui, il titolo della mia relazione, che esprime benissimo la tesi che vorrò sostenere nel prossimo quarto d'ora. L'attuale riforma mi sembra più dettata da esigenze pratiche che dagli elevati interessi che animano le norme costituzionali in punto di giustizia penale: mi pare che ci sia stata una grande attenzione ad evitare l'aggravio degli uffici penali, il superlavoro della Cassazione o l'uso dilatorio dell'appello, e mi pare che sia stata maggiore di quella rivolta alle posizioni dei soggetti del procedere, la vittima forse *in primis*.

E in questo sta la retorica. Il procedimento penale è colpito da un meccanicismo pragmatico che pregiudica anche la figura della persona offesa.

Dall'altra parte c'è la persuasione. Quella legata all'esigenza di innestare nel sistema interno la mediazione penale vagheggiata a livello europeo e, non certo come la intendiamo noi, internazionale. Ebbene, si spinge al punto l'esigenza di mediare da imporre alla vittima condizioni soddisfattorie non adeguate – ma ritenute tali, almeno “per quanto possibile” – e da chiudere, così, il processo. Lo abbiamo visto nel 2014 con la messa alla prova (art. 168-bis, comma 2, c.p.); lo vediamo oggi con l'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.). E tanto annulla la figura dell'offeso, esattamente come succedeva al peso di Michelstaedter.

2.

Posta la tesi, passerò a delineare i caratteri salienti del nuovo art. 162-ter c.p., ponendoli in relazione alle novelle che, negli ultimi anni, hanno visto protagonista proprio la persona offesa.

Parlerò, allora:

- a) dell'offerta rivolgibile dall'imputato all'offeso, cioè delle sue forme e dell'entità del *quantum*;
- b) del ruolo del giudice di fronte all'offerta;
- c) della posizione della vittima nel momento in cui l'imputato gli formuli l'offerta.

Sottolineerò come faccia da sfondo il fatto che questo meccanismo operi per i reati perseguibili a “querela soggetta a remissione”, con ciò comprendendo anche fattispecie di sicura gravità, anche sociale, come gli atti persecutori o alcune forme di reati patrimoniali (una truffa non aggravata, per esempio) o contro la persona (una diffamazione a mezzo stampa, sempre per fare un esempio).

Da ultimo, evidenzierò le carenze di legittimità costituzionale dell'art. 162-ter c.p., come si presenta oggi. È, poi, appena il caso di accennare che le conseguenze del meccanismo in esame, se portate all'estremo, possono vulnerare gli obiettivi posti dal diritto eurounitario (direttiva 29/2012/UE, soprattutto) ed internazionale (si pensi alla Convenzione di Istanbul in materia di violenza misogina) per la tutela delle fasce più deboli colpite da reati.

3.

Partiamo dall'offerta, dai suoi soggetti e dalle modalità in cui viene formulata.

In prima battuta deve sottolinearsi come l'art. 162-ter c.p. non parli né di “danneggiato”, né di “parte civile”, ma solo di “persona offesa”.

Collocando questo aspetto nella sistematica del rito penale, chi è destinatario dell'offerta risulta il titolare del diritto violato dal reato, anche se non si sia costituito parte civile o non intenda farlo.

D'altra parte, in caso di non coincidenza tra offeso e danneggiato, la questione in ordine al destinatario dell'offerta si complica.

S'immagini una truffa di questo tipo: la padrona di casa consegna alla domestica del denaro per l'acquisto di un elettrodomestico, ma il venditore le cede una cassa con due mattoni.

I soldi sono della proprietaria e, quindi, su di lei ricade il danno patrimoniale, ma l'artificio e il raggio è stato subito dalla domestica che, quindi, è persona offesa dal reato. A meno, poi, di non estendere tale ultima accezione anche alla proprietaria, in quanto titolare del patrimonio violato dal delitto – ma non voglio addentrarmi in questo –, in questo caso l'offerta dell'art. 162-ter c.p. sarebbe rivolta alla domestica, lasciando la proprietaria libera di agire in sede civile.

Non solo.

La funzione della persona offesa nel rito penale non è certo quella di chiedere soldi. Anzi, a livello sovranazionale si distingue in modo netto la posizione della vittima, di cui devono essere salvaguardati prima di tutto gli interessi sostanziali che sono stati lesi dal reato. In tal senso, ad esempio, la direttiva 29/2012/UE prevedeva tutta una serie di meccanismi, in parte recepiti dall'ordinamento italiano, per evitare la vittimizzazione secondaria e, quindi, il patimento della vittima che riviva nel processo il reato, magari proprio attraverso il contatto con l'imputato. Sempre in questo senso va concepita la mediazione penale.

Soffermiamoci su questo aspetto.

Mediazione penale significa individuazione di un punto di conciliazione tra offeso e offensore: quest'ultimo fa di tutto per riparare le conseguenze del reato.

E sta tutto qui il problema. Che cosa sono le conseguenze del reato? Sono solo strascichi monetizzabili? Ovviamente no. Si pensi al furto – altro reato perseguibile a querela, almeno nella forma non aggravata. E sto per ora evitando volutamente i reati contro la persona o contro la famiglia. Chi subisce il furto, subisce l'altrui intromissione nella propria sfera più intima; la perdita, quindi, non sta solo nel valore della cosa sottratta, ma anche – e, forse, soprattutto – nel trauma che segue all'evento. Ci sono persone che, per avere avuto ladri in casa, non dormono più, cambiano carattere, diventano paurose di qualsiasi cosa e, magari, si mettono in cura da uno psicologo: le spese vive (tranquillanti, psicologo, sistema di allarme, ecc.) e la cattiva qualità di una vita del genere chi le paga?

Io penso che aspetti del genere vadano ben oltre il concetto di "offerta" dell'art. 162-ter c.p. E lo penso perché la nuova norma non parla di danneggiato, non impone al giudice un controllo sul *quantum* del danno patrimoniale o non patrimoniale e, soprattutto, ammette – benché con una formula tutt'altro che chiara – che l'imputato possa non pagare per intero.

Ritorna, nella formula della norma, una locuzione che piace tanto al legislatore: "ove possibile".

Ove possibile l'imputato elimina le conseguenze dannose del reato.

Sappiamo di che si tratta, poiché con la messa alla prova, nel 2014, siamo stati educati ad un'identica locuzione. E, allora, elimina le conseguenze dannose del reato il ricettatore che è messo alla prova presso un'agenzia di pulizie per 8 o 9 ore la settimana, senza risarcire alcunché al danneggiato, in quanto nullatenente? Le elimina il guidatore in stato di ebbrezza che è messo alla prova a vendere fiori in piazza la domenica per conto di un ente a tutela della ricerca?

Batto molto sulle conseguenze del reato, perché lì si gioca tutta la partita dell'offeso e del danneggiato. E, allora, perché ci sia mediazione penale bisogna distinguere il risarcimento dalla condotta che ripara le conseguenze del reato, concependo quest'ultima come categoria più ampia del primo.

Detto questo, l'art. 162-ter c.p. svisciva i connotati di entrambe le fattispecie.

Per il risarcimento, dice che l'imputato deve riparare integralmente al danno cagionato dal reato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Poi, però, si dice che l'imputato può formulare l'offerta *anche* – quindi non è una modalità esclusiva – nelle forme dell'art. 1208 c.c. e, se la persona offesa non la accetta, il giudice può ugualmente riconoscere la congruità della somma.

E perché mai la persona offesa non dovrebbe accettare l'offerta che copra integralmente il danno? Ecco, allora, che lo stesso art. 162-ter c.p. smentisce se stesso, ammettendo, pure implicitamente, che il risarcimento non sia integrale. E, quindi, non accettato dalla persona offesa.

Per le conseguenze del reato, il legislatore chiude i giochi con la solita locuzione "ove possibile". Manca – qui come nell'art. 168-bis, comma 2, c.p. in tema di messa alla prova – un più approfondito esame del tipo di rimedio occorrente per eliminare le conseguenze del reato. Manca, insomma, una riflessione, da compiersi *in primis* dal legislatore, circa il fatto che l'imputato non deve attivarsi in un modo purché sia, ma è tenuto a creare le condizioni più idonee a limitare la sofferenza dell'offeso o di categorie di persone che potrebbero trovarsi nelle condizioni dell'offeso per condotte assimilabili a quelle mantenute dal reo.

Ritorna il peso di Michelstaedter: si porta all'estremo l'idea di mediazione fino ad annullare il ruolo della vittima nel processo.

4.

Ma andiamo avanti, e passiamo al giudice.

Riconsideriamo un attimo i termini di decadenza imposti dall'art. 162-ter c.p.: al di là della disciplina transitoria, quando l'istituto entrerà a regime si tratterà di un'offerta da formularsi entro la dichiarazione di apertura del dibattimento.

Si pone un problema logico, prima che giuridico.

Siamo nel giudizio penale; lo stesso in cui, secondo l'art. 539 c.p.p., qualora, all'esito del processo, le prove acquisite non consentano la liquidazione del danno, il giudice rimette le parti davanti al giudice civile.

Se il legislatore ha profilato questa ipotesi laddove sia esaurita l'istruzione dibattimentale, in un momento nel quale il giudice è mente vergine – come accade prima dell'apertura del dibattimento – sulla base di che cosa decide della congruità dell'offerta?

Una prima ipotesi è sulla base del capo d'imputazione. Un po' poco, credo, per apprezzare le implicazioni che il fatto ha causato sulla vittima: insomma, un furto è un sempre un furto, ma diverso è che a subirlo sia un ragazzo di vent'anni e in forze da che sia un'anziana signora, magari deprivata di un oggetto di scarsissimo valore economico, ma dalle elevate implicazioni affettive.

E, allora, non rimane che consentire all'imputato di portare prove a sostegno della congruità della propria offerta. Prove – ci si pensi – a dimostrazione di un fatto processuale e, quindi, rilevanti sul piano dell'art. 187, comma 2, c.p.p.. Nulla di strano: è un meccanismo che si adopera durante le questioni preliminari (siamo in citazione diretta, la notifica del decreto è giunta all'imputato cinquanta giorni prima dell'udienza, la difesa produce, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, la relazione di notifica da cui risulta il difetto).

Il punto è che, ammettendo una tale operazione, deve consentirsi anche al pubblico ministero e alla parte civile – o all'offeso non costituito, però sempre nelle forme e con i limiti dell'art. 90 c.p.p. – di chiedere eventualmente prove che dimostrino che l'offerta formulata dall'imputato non è congrua, sulla scorta dei più disparati fattori.

Ora, quando si concepisca una dinamica del genere, è ben vero che accuse e difesa, in fase pre-dibattimentale, agiscono nel tentativo di dimostrare una specifica questione processuale: la difesa vorrà provare che è congrua l'offerta per innescare la procedura dell'art. 162-ter c.p., mentre l'accusa intenderà attestare che l'offerta è inadeguata, proseguendo, così, per le vie ordinarie.

E immaginiamo, allora, che il giudice esamini le carte e decida che l'offerta non è sufficiente, che il risarcimento non copra integralmente il danno o che l'imputato non si sia attivato abbastanza per riparare le conseguenze del reato. In un caso del genere, egli dispone procedersi oltre e apre il dibattimento.

Però ha già visto le carte di accusa e difesa; ha già considerato i fatti, ancorché sotto il particolare angolo prospettico della questione sulla congruità dell'offerta. Non è forse influenzato? O, meglio, può affrontare il dibattimento con quella mente vergine che i compilatori del 1988 auspicavano?

Io credo di no. Certo, una soluzione potrebbe essere quella di immaginare un'incompatibilità funzionale e di spostare il giudizio davanti ad altro giudice, una volta che sia stata rigettata la questione in argomento. Forse con l'ennesima questione di

legittimità costituzionale sull'art. 34 c.p.p. si potrebbe anche raggiungere questo risultato. Si profilerebbe uno scenario forse analogo a quello già affrontato nel 1994 dalla Consulta, con la sentenza 453, allorché l'art. 34 c.p.p. era dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede l'incompatibilità della funzione di giudizio del g.i.p. che, per la ritenuta diversità del fatto, sulla base di una valutazione del compendio investigativo, abbia rigettato l'istanza di oblazione.

Perché mi riferisco all'oblazione? Perché il legislatore ha collocato l'art. 162-ter c.p. subito dopo il 162 e il 162-bis, cioè subito dopo la disciplina sull'oblazione, obbligatoria e discrezionale. Non lo ha fatto a caso: ha inteso individuare un filo rosso che congiunga i vari istituti. Senza pensare – aggiungo io – che per coniarne di nuovi avrebbe dovuto pensare ai problemi che i vecchi hanno già affrontato e, almeno in parte, superato.

Qui, tornando a Michelstaedter, non si parla di persuasione ma di retorica. Il processo è asservito alla meccanica di interessi pragmatici: qui, l'esigenza di chiudere in fretta vertenze forse bagatellari, a detrimento, però, stavolta, degli interessi più profondi che sottendono al giudizio. E non sto parlando, stavolta, tanto della vittima, quant'anche dell'imputato, visto l'evidente pregiudizio per la sua difesa, causato da un giudice che abbia già letto le carte prima di aprire il dibattimento.

5.

In tutto questo nostro discorso abbiamo parlato tanto di mediazione penale. Ebbene, in che modo, una volta concepita come s'è visto, essa annulla la vittima?

Questa è la nostra tesi, ed è supportata dallo stesso art. 162-ter c.p., laddove paventa l'ipotesi di una persona offesa che rifiuti l'offerta dell'imputato. Questo – s'è visto – ci fa capire come l'offerta possa non coprire integralmente la pretesa della vittima, ma, ugualmente, colloca l'offeso in una posizione non diversa da quella che conosciamo per la messa alla prova.

Anche là, infatti, la riparazione del danno avviene “per quanto possibile” e, quindi, la valutazione sul recupero del reo è rimessa al giudice che può decidere anche in una direzione diversa da quella auspicata dall'offeso.

Il ruolo della vittima nel procedimento per messa alla prova è marginale: essa è, sì, protagonista del dialogo mediatorio, ma non è detto che, da quel contesto, ottenga ristoro integrale delle proprie pretese.

La cosa nasce come dinamica ordinaria della mediazione: ciascuna delle parti rinuncia a parte delle proprie pretese e si individua un punto mediano d'incontro. Così, l'imputato non sarà assolto, ma, anzi, il fatto che si sottoponga alla prova attesta il riconoscimento del reato da parte sua, e la vittima sarà ristorata “per quanto possibile”. Fa da sfondo tutto un discorso sul recupero sociale del reo che, però, ad oggi, non vede ancora nel codice una disposizione *ad hoc* che obblighi l'imputato ad

una prestazione nel contesto violato dal reato: per dirla in termini semplici, se si procede per reati endofamiliari, la prova può ricorrere anche nel campo delle pulizie.

Insomma, l'istituto è imperfetto. E trasferisce la propria parte peggiore nell'attuale art. 162-ter c.p., laddove non si parla nemmeno di danneggiato, si fa una gran confusione tra offesa e danno, tra recupero e risarcimento, e che, dapprima, obbliga alla riparazione integrale e, poi, però ci consegna l'ipotesi di una vittima che possa anche rifiutare l'offerta formale dell'imputato.

E, in quest'ultimo caso, la palla torna al giudice, che valuterà la congruità di quanto proposto. Come? Secondo un meccanismo che presenta tutti i punti oscuri che già abbiamo considerato in questa relazione.

Il legislatore è comunque tranquillo circa la posizione della persona offesa: quand'anche costei incarnasse contestualmente il danneggiato dal reato, potrebbe sempre adire il giudice civile.

Già, ma farlo costa. Gli importi dei contributi unificati e l'aumento periodico delle marche da bollo rappresentano un problema, specie per le fasce più deboli della popolazione. La giustizia civile ha, poi, tempi lunghi e si sviluppa secondo modelli assai diversi da quella penale, sicché è pure possibile ottenere risultati opposti a quelli che si sarebbero conseguiti nel giudizio sul reato. E questo, a tacere del fatto che esistono le parti civili nel processo penale proprio per unificare le varie pretese manifestabili in relazione all'illecito.

E – mi si permetta – a tacere del monito, invece proveniente dal livello sopranazionale, per cui quella risarcitoria non è la sola tutela che va riconosciuta alla vittima, essa facendosi portatrice di un interesse che non è solo economico.

L'art. 162-ter c.p. mette in angolo la persona offesa più che offrirle uno spazio per mediare con l'imputato. La espone ad incertezze sul proprio ristoro, inteso sia in senso economico, sia di garanzia che l'offensore sia recuperato, magari attraverso un percorso riabilitativo o attività comunque congrue con il tipo di offesa cagionata.

6.

Dalla *pars destruens* passiamo alla *pars construens*, secondo un metodo che la Professoressa Valentini ha sostenuto in varie occasioni di incontro tra operatori e studiosi: l'ipotesi di una questione di legittimità costituzionale, da proporre al giudice qualora si verificassero situazioni di denegata giustizia, come quelle da poco descritte.

L'art. 162-ter c.p. contrasta con varie norme di matrice sovranazionale e, dunque, è illegittimo sul piano dell'art. 117, comma 1, Cost. che funge da veicolo di ingresso nell'ordinamento statale delle regole europee ed internazionali.

Sto, allora, pensando alla sentenza *Talpis c. Italia* (2 marzo 2017): la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (diritto ad evitare torture o trattamenti inumani o degradanti) della Cedu, perché le autorità nostrane, pur avvertite della pericolosità di un marito verso la coniuge, non

adottava le misure appropriate per proteggere la vita e l'incolumità della donna e dei figli.

Soffermiamoci su questo sintagma: "misure appropriate". L'art. 162-ter c.p. tutela in modo appropriato le vittime da reato? Io non credo. Il dettato normativo è tale da paventare l'ipotesi che l'offeso non accetti l'offerta dell'imputato, in quanto, evidentemente, insufficiente. Ma che, in un caso del genere, il giudice possa ritenere congrua l'offerta e vidimarla, avviando la procedura per l'estinzione del reato.

La posizione della vittima viene annullata, e il processo penale si chiude. Ecco, allora, che costei non beneficia di misure adeguate a sostegno delle proprie posizioni: immagino, perciò, l'infrazione dei parametri convenzionali di volta in volta rilevanti nel caso, nel loro versante procedurale.

Non è tutto.

L'art. 48 della Convenzione di Istanbul vieta agli Stati aderenti – tra di essi, c'è l'Italia – di risolvere con meccanismi mediatori casi di violenza misogina.

Noi stiamo violando questo divieto. Gli atti persecutori sono tra i reati definibili attraverso il meccanismo dell'art. 162-ter c.p. e, senza dubbio, se rivolti ad una donna, essi integrano violenza.

Persino le lesioni, nella loro forma perseguibile a querela, o le percosse, quando rivolte ad una donna, vanno ad infrangere il divieto dell'art. 48, allorché il reato sia estinto su offerta formulata ai sensi dell'art. 162-ter c.p..

Anche qui, gli obblighi internazionali di cui l'Italia si è fatta carico con la Convenzione di Istanbul sono infranti dall'art. 162-ter c.p., donde la denuncia di illegittimità sul piano dell'art. 117, comma 1, Cost.

Veniamo, infine, alla direttiva 29/2012/UE: all'art. 2, paragrafo 1, lett. d) si descrive la "giustizia riparativa" come "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale".

Si dice: "vi acconsentono liberamente". L'art. 162-ter c.p. ammette che il giudice possa vidimare l'offerta dell'imputato anche contro il parere dell'offeso: dov'è la libertà in capo a quest'ultimo nell'aderire all'offerta, intesa come meccanismo di giustizia riparativa? Non c'è.

E, siccome, al di là della questione di costituzionalità – facilmente preventivabile sempre per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. –, in questo caso entrano in gioco pure gli effetti diretti dei provvedimenti eurounitari, in un caso di vittima che non si trovi soddisfatta: a) essa può ovviamente rivolgersi ai giudici nazionali per ottenere ragione del proprio interesse violato; b) essa può sollecitare la Commissione ad avviare una procedura d'infrazione contro l'Italia, a mente degli artt. 258 ss. TFUE. Dopo Lisbona questo è possibile anche in materia penale.

Mi muovo sempre per *spot*. E vado oltre l'art. 117, comma 1, Cost.. Siamo così sicuri che un meccanismo come quello dell'art. 162-ter c.p. soddisfi le funzioni proprie del sistema sanzionatorio penale? Qualcuno critica la messa alla prova – e, immagino, *mutatis mutandis*, l'istituto ora in parola –, definendola come una sostanziale condanna e, quindi, come una vittoria della vittima a detrimento dei diritti dell'accusato.

Io non ne sono convinto. L'attivazione dell'imputato, sia sul piano dell'art. 162-ter c.p., sia su quello della messa alla prova, non è parametrata *ex lege* sulla scorta di criteri predefiniti, che gli impongano di agire nello stesso ambito in precedenza violato dal reato (insomma, se si offende un minore, si lavorasse sui minori; se si offende una donna, ci si adoperasse contro la violenza misogina; se si guida ubriachi, si operasse nella prevenzione degli incidenti stradali).

Di conseguenza, non può certo parlarsi di una vittoria della vittima, né intesa come singolo, né come categoria di soggetti potenzialmente offendibili da condotte quali quella praticata dall'accusato.

E, sempre di conseguenza, si fatica a ritenere conforme al parametro dell'art. 27, comma 2, Cost. un assetto di interessi come quello appena descritto. Non credo che il guidatore in stato di ebbrezza possa essere "rieducato" venendo fuori o che lo *stalker* possa riparare il patimento causato alla vittima con un assegno di poche centinaia di euro.

Si torna, così, alla retorica di Michelstaedter: il processo penale asservito a regole meccanicistiche, serventi ad esigenze in larga parte diverse da quelle che tradizionalmente dovrebbero ispirarlo. E, stavolta, ai danni della vittima, che è tutt'altro che protagonista, ma che, anzi, è relegata in un angolo fino al suo completo annullamento. Appunto, come il grave di Michelstaedter.