

FONDATO NELL'ANNO 1876
DA ENRICO SCIALOJA

FORO ITALIANO

ANNO CXLIX
N. 5 - MAGGIO 2024

I: 1309-1624

II: 265-352

III: 229-300

IV: 229-276

V: 181-220

SI SEGNALANO IN QUESTO FASCICOLO

Prescrizione dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione sulla vita

Corte cost. 29 febbraio 2024, n. 32 (I, 1350)

Provvedimenti indifferibili e reclamo

Cass. 30 aprile 2024, n. 11688 (I, 1466)

Risposta alla “chiamata del presente” e “saluto romano”

Cass., sez. un., 18 gennaio-17 aprile 2024, n. 16153, Clemente (II, 278)

Impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva e controllo giudiziario volontario

Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2515 (III, 275)

Società esterovestite e diritto italiano

Corte giust. 25 aprile 2024, causa C-276/22 (IV, 229)

INDICE ANALITICO

(fascicolo 5 – maggio 2024)

Articoli, note, osservazioni

- LORENZO DELCURATOLO — *Polizze vita e prescrizione biennale. Finis sine certitudine?* (Nota a Corte cost. 29 febbraio 2024, n. 32)..... I, 1355
- ANTONIA MENGHINI — *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale* (Nota a Corte cost. 26 gennaio 2024, n. 10)..... I, 1369
- FRANCESCA MAFFEI — *Licenziamenti collettivi, violazione dei criteri di scelta e sanzione meramente monetaria: la Consulta salva l'art. 10 d.leg. n. 23 del 2015* (Nota a Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7)..... I, 1375
- STEFANO PAGLIANTINI - ROBERTO PARDOLESI — *Nullità da Euribor manipolato: alla fiera degli equivoci* (Nota a Cass. 3 maggio 2024, n. 12007) I, 1439
- MARCO FRANCESCO CAMPAGNA — *Osservazioni a valle dell'intesa sull'Euribor* (Nota a Cass. 3 maggio 2024, n. 12007) I, 1451
- SILVIA DE MARCO — *Clausola Euribor e alea contrattuale: presagi di un contenzioso infinito dall'esperienza dell'anatocismo bancario* (Nota a Cass. 3 maggio 2024, n. 12007) I, 1460
- COSTANZO M. CEA — *Il reclamo dimezzato ed il "gatopardismo" legislativo: l'incerto epilogo della saga dell'art. 473 bis.15 c.p.c.* (Nota a Cass. 30 aprile 2024, n. 11688) I, 1488
- RAFFAELLA GRIMALDI — *L'accettazione dell'eredità fatta dall'incapace e il dilemma della fattispecie a formazione progressiva* (Nota a Cass., ord. 13 dicembre 2023, n. 34852)..... I, 1525
- BRUNO CAPPONI — *Sugli art. 2932 c.c. e 614 bis c.p.c.* (Nota a Trib. Brindisi, ord. 6 maggio 2024)..... I, 1543
- FILIPPO DI SABATO — *Lo scomputo dal risarcimento del danno dell'assicurazione infortuni con rinuncia alla surroga dell'assicuratore: la ribellione delle corti di merito alla «nomofilachia virtuale» della terza sezione della Cassazione* (Nota a Trib. Trento 26 marzo 2024 e Trib. Roma 29 settembre 2023) I, 1571
- ILARIA MARCHI — *Brevi riflessioni sul rapporto tra reato di tortura e lesioni: una possibile violazione del ne bis in idem sostanziale?* (Nota a Cass. 20 dicembre 2023 - 10 gennaio 2024, n. 1243, L.) II, 302
- STEFANO ROVELLI — *La giurisprudenza di legittimità sulla garanzia del giudice naturale alla prova dell'integrazione europea* (Nota a Cass. 2 novembre 2022 - 27 gennaio 2023, n. 3534, Moccia) II, 348
- NICOLA DE LUCA — *Applicazione del diritto italiano alle società esterovestite: il no della Corte di giustizia. Prime riflessioni sul caso del Castello di Tor Crescenza* (Nota a Corte giust. 25 aprile 2024, causa C-276/22) IV, 235
- STEFANO PAGLIANTINI — *Se mai «ti metterai in viaggio per Itaca»: il dies a quo della prescrizione consumeristica e le clausole abusive* (Nota a Corte giust. 25 aprile 2024, causa C-561/21)..... IV, 255
- GEREMIA CASABURI — *L'ufficio per il processo nella sezione civile di un tribunale di provincia: una microstoria* V, 181
- FRANCESCO BIONDO - FRANCESCO PARISI — *Pena, riparazione compensativa e giustizia riparativa. Spunti di riflessione a partire da due casi studio*..... V, 196
- GUIDO SMORTO — *Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica* V, 208

Giurisprudenza

(in neretto le voci del Repertorio del Foro italiano)

Agricoltura

V. *Frode in commercio e nelle industrie.*

Alimenti e bevande (igiene e commercio)

V. *Frode in commercio e nelle industrie.*

Ambiente (tutela dell')

Aggravante ambientale — Violazione di norma ambientale anche non prevista come illecito penale o amministrativo — Fattispecie (Cass. 2 novembre 2023 - 27 febbraio 2024, n. 8341, Lardone). II, 322.

Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere

Società a partecipazione pubblica — In house providing — Alterità soggettiva con l'ente pubblico partecipante — Responsabilità patrimoniale dell'ente pubblico — Esclusione (Trib. Bari 30 gennaio 2024). I, 1599.

Assicurazione (contratto di)

V. *Danni in materia civile — Prescrizione e decadenza.*

Banca, credito e risparmio

Credito azionato — Inclusione tra i crediti ceduti in blocco — Prova (Trib. Termini Imerese, ord. 13 marzo 2024). I, 1581.

Calabria

V. *Regione.*

Cassazione civile

Provvedimenti indifferibili — Reclamo — Dichiarazione di incompetenza — Rimessione del procedimento al giudice competente — Rinvio pregiudiziale — Ammissibilità (Cass. 30 aprile 2024, n. 11688). I, 1466 (con nota di COSTANZO M. CEA).

Giudizi definibili con provvedimenti non ricorribili in Cassazione — Rinvio pregiudiziale — Ammissibilità (*id.*). I, 1466 (con nota di COSTANZO M. CEA).

Comune e provincia

Legge statale — Enti locali in procedura di riequilibrio finanziario pluriennale — Risorse erogate dal «fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali» — Utilizzo a fini di copertura per pagamento dei debiti fuori bilancio e recupero del disavanzo — Incostituzionalità (Corte cost. 22 dicembre 2023, n. 224). I, 1392.

Legge statale — Enti locali in procedura di riequilibrio finanziario pluriennale — Anticipazioni erogate dal «fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali» — Iscrizione nei bilanci degli enti — Omesso accantonamento nel risultato di amministrazione quale quota indisponibile — Incostituzionalità (*id.*). I, 1392.

Enti locali in procedura di riequilibrio finanziario pluriennale — Risorse provenienti dal «fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali» — Possibile utilizzo a copertura di passività pregresse — Questioni inammissibili di costituzionalità (*id.*). I, 1393.

Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti

Concordato preventivo — Transazione fiscale — Procedura di adesione forzata del creditore fiscale — Concordato in continuità — Ristrutturazione trasversale — Conversione del voto da negativo in favorevole — Approvazione dei creditori — Ammissibilità (Trib. Napoli 24 aprile 2024). I, 1546 (con *osservaz.* di LUCA SICIGNANO).

Concorrenza (disciplina della)

Intese vietate — Accordo manipolativo del tasso Euribor — Mancata prova della conoscenza dell'intesa — Nullità delle clausole Euribor per violazione della disciplina antitrust — Esclusione (Cass. 3 maggio 2024, n. 12007). I, 1422 (con note di STEFANO PAGLIANTINI - ROBERTO PARDOLESI, di MARCO FRANCESCO CAMPAGNA e di SILVIA DE MARCO).

Pratiche commerciali scorrette — Autoveicoli — Emissioni — «Defeat device» — Vanti ambientali — Contrarietà a diligenza professionale — Idoneità a falsare le scelte del consumatore medio (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2024, n. 2791). III, 229.

Pratiche commerciali scorrette — Autoveicoli — Emissioni — «Defeat device» — False asserzioni sull'omologazione — Pratica in ogni caso ingannevole (*id.*). III, 229.

Pratiche commerciali scorrette — Autoveicoli — Emissioni — «Defeat device» — Vanti ambientali — Pratica ingannevole (*id.*). III, 229.

Dal gennaio 2023⁽³⁹⁾ è stato poi introdotto il «quaderno dell'Aupp». In sintesi, ciascun funzionario deve tenere un registro (informatico), articolato in «capitoli» settimanali (lunedì-venerdì) in cui indicare, analiticamente, le attività svolte (ad esempio bozze di provvedimenti, indicati per n.r.g., udienze studiate e «preparate», ricerche giurisprudenziali effettuate, indicandone l'argomento), dando anche atto delle specifiche richieste e osservazioni dell'affidatario, ma anche delle attività svolte per i servizi trasversali.

Tale registro, vistato periodicamente dall'affidatario/referente del servizio trasversale, viene inoltrato mensilmente alla presidenza del tribunale e della sezione.

Il quaderno non è stato introdotto in una prospettiva, formalistica e burocratica, di mero controllo successivo (inevitabilmente anche sull'operato degli affidatari); lo spirito, piuttosto, è propositivo e di collaborazione, per consentire il rapido superamento (se non prevenzione) di ogni eventuale criticità.

Oltretutto, dal settembre 2023, è stato previsto — anche per gli Aupp — il lavoro agile (anche allo scopo di alleggerire le strutture del tribunale); in sostanza, un giorno a settimana, gli addetti lavorano (utilmente) da casa. La disciplina del quaderno è stata così integrata, prevedendosi che in esso deve riportarsi lo specifico compito — determinato dall'affidatario — che l'Aupp dovrà svolgere in quel giorno, con l'indicazione del risultato conseguito.

11. Conclusioni

Questo lo stato dell'arte nella primavera del 2024, ormai a oltre due anni dalla partenza del nuovo Upp; aspettiamo, con qualche preoccupazione, la pur indispensabile immissione di nuovi funzionari, all'esito di un concorso che si preannuncia altrettanto poco selettivo del precedente: con la speranza (temo vana) che l'«emorragia» degli addetti sarà, questa volta, più contenuta.

Almeno, però, non si comincia *ex novo*: l'esperienza di questo biennio è stata preziosa e ormai vi è una struttura consolidata, pur se non del tutto soddisfacente.

Viene spesso chiesto, a noi responsabili, nelle più diverse sedi, se gli Aupp sono davvero utili.

La risposta è semplice e complessa ad un tempo.

Gli aspetti positivi sono innegabili, e forse prevalgono sulle criticità: pur se, a livello centrale, sarebbero state necessarie una minor fretta e una maggiore capacità organizzativa (senza rovesciare sugli uffici giudiziari, inevitabilmente impreparati, scelte difficilissime e compiti davvero pesanti).

Vi sono stati sicuramente, ad ogni livello, improvvisazioni, dilettantismi, velleità senza sostanza; e il dispendio di enormi risorse (mai viste nell'amministrazione della giustizia) si sta rivelando troppo spesso uno spreco (purtroppo ampiamente prevedibile).

Tuttavia, come dicevo, le ricadute positive restano e sono palpabili: è venuta meno la «solitudine» del magistrato di cui si diceva all'inizio, e si augura per sempre. La stabilizzazione dell'Upp, *rectius*, la permanenza in servizio degli Aupp (pur se in numero ridotto) è davvero irrinunciabile.

Quel che è cambiato e sta ancora cambiando è l'organizzazione del lavoro giudiziario, sempre più di équipe, ferma ovviamente la responsabilità individuale (intesa come compendio di poteri e doveri) del magistrato. Questo, del resto, riflette la complessità del mondo contemporaneo, e quindi del lavoro del giudice, necessariamente sempre più specializzato. Gli Aupp, in altri termini, consentono di lavorare meglio, e anche — ma solo in seconda battuta — di più (in termini di produttività).

L'esperienza — limitata ma credo anche «esemplare» — della prima sezione del Tribunale di Nola costituisce sicuro riscontro «effettuale» delle riflessioni che precedono.

I magistrati (come detto tutti giovani: nessuno con più di un decennio di vita professionale), e non solo perché «pressati» dal presidente di sezione, vi hanno fortemente creduto e si sono impegnati sin dall'inizio, dalla fase (faticosa ma affascinante) della formazione dei funzionari.

La vita dell'ufficio (anche delle cancellerie) è più serena, proprio perché l'attiva presenza degli Aupp ha consentito e consente un più equilibrato, e meno asfissiante, riparto dei mol-

teplici impegni, giudiziari e non solo⁽⁴⁰⁾. La qualità media dei provvedimenti — e qui posso affermarlo quale presidente — è sicuramente cresciuta; contrariamente a quanto sospetta qualche avvocato, i magistrati professionali possono dedicarsi con maggior attenzione ai procedimenti più complessi (avvalendosi anche delle ricerche e degli schemi predisposti dai funzionari dell'Upp), fermo poi che le bozze predisposte dagli Aupp (per i procedimenti più semplici, o seriali) sono sempre attentamente vagliate e corrette (ma, comunque, i «nostri» Aupp si sono rivelati validi collaboratori, di sicura professionalità). È anche aumentata in modo significativo la produttività generale della sezione (sia pure non ancora nella misura richiesta dagli ambiziosissimi obiettivi del Pnrr)⁽⁴¹⁾.

Non vi è spazio, in definitiva, né per un vacuo trionfalismo (e come potrebbe esserci, con circa 13.000 procedimenti pendenti da definire, in ampia parte, entro il giugno 2026?) né per un pessimismo nichilista.

La «rivoluzione Upp» c'è stata e, almeno a Nola, non è degradata in anarchia; per quanto possibile, come si è detto, il lavoro dei magistrati e degli Aupp è stato serio ed effettivo, davvero in feconda (?) collaborazione (altro che la solitudine cara a Calamandrei!), anche perché costantemente monitorato e organizzato, con continui «aggiustamenti» in corso d'opera.

(40) Così il presidente della sezione può meglio svolgere i suoi molteplici compiti anche grazie al prezioso aiuto delle «sue» validissime due Aupp (che peraltro condivide, in coassegnazione, con un collega di prima nomina, e anche con il presidente del tribunale per talune attività).

(41) Peraltro, anche la delibera del Csm del 25 ottobre 2023, sulla predisposizione del programma di gestione civile per l'anno 2024, riconosce — quanto alla nuova figura del «risultato atteso» (che è altra cosa del «carico esigibile» da ciascun magistrato) — che non può tenersi conto dell'apporto degli Aupp, sostanzialmente imprevedibile.

FRANCESCO BIONDO - FRANCESCO PARISI

Pena, riparazione compensativa e giustizia riparativa. Spunti di riflessione a partire da due casi studio (*)

Il contributo si sofferma su due tipologie di riparazione: la giustizia riparativa, la quale svolge funzioni dialogico-conciliative e ha un campo di applicazione interno al diritto nazionale; la riparazione fra Stati, che opera con funzioni risarcitorio-compensative e ha un campo di applicazione internazionale. Attraverso l'esame di due casi studio (la mediazione penale con «vittima surrogata o aspecifica» applicata in un grave delitto di omicidio; la riparazione per crimini internazionali conseguente a crimini nazisti contro cittadini italiani), emergono «scelte tragiche» di giudizio in entrambi i sottotipi di riparazione penale.

Punishment, compensatory reparation and restorative justice. Insights from two case studies

The paper focuses on two types of reparation: restorative justice, which operates with dialogic-conciliatory functions and has a domestic scope under national law; and reparation between states, which operates with compensatory functions and has an international scope. Through the examination of two case studies (criminal mediation with «surrogate or nonspecific victim» applied in a serious murder crime; reparation for international crimes resulting from Nazi crimes against Italian citizens), «tragic choices» of judgment emerge in both subtypes of criminal reparation.

(*) Il presente lavoro è stato realizzato nell'ambito delle attività e degli impegni previsti dal bando «incentivi ad attività di ricerca interdisciplinare» dell'Università di Palermo (bando prot. 90342 del 15 giugno 2023). Pur essendo frutto di una riflessione condivisa, Francesco Parisi ha redatto i paragrafi 2-3; Francesco Biondo i paragrafi 4-5; i paragrafi 1 e 6 sono stati redatti dai due autori congiuntamente.

(39) Decreti 9 e 45/23.

1. Introduzione

Se la pena continua a rappresentare l'ordinaria forma di reazione anti-criminosa, essa non esaurisce il ventaglio delle ipotizzabili alternative⁽¹⁾. Dal punto di vista logico, la pena è una reazione al reato, una sua conseguenza giuridica, una risposta normalmente non desiderata dall'individuo che la riceve. Ma nel campo applicativo di ciò che può ritenersi una legittima e ragionevole reazione pubblica al crimine possono rientrare altre attività, altri vincoli, i quali possono sostituirsi, ovvero aggiungersi, all'applicazione della pena. Fra questi vincoli, assume crescente importanza la riparazione.

Molteplici sono i modi di concepire la riparazione in sede penale; molteplici le sue funzioni: punitive in senso stretto, compensativo-risarcitorie, ripristinatorie, risocializzanti, dialogico-conciliative. Nell'ambito di questo studio, ci soffermeremo su due tipologie di riparazione. La prima riguarda la giustizia riparativa in senso stretto, la quale svolge funzioni dialogico-conciliative e ha un campo di applicazione interno al diritto nazionale. Il tema acquisisce particolare rilevanza in seguito all'entrata in vigore della «disciplina organica della giustizia riparativa»⁽²⁾, ed è affrontato attraverso un caso studio, ove si discute dell'applicazione di modelli di mediazione penale con «vittima surrogata o aspecifica» in ipotesi di gravi delitti di omicidio. La seconda tipologia concerne la riparazione fra Stati, che opera con funzioni risarcitorio-compensative e ha un campo di applicazione internazionale. Caso studio sarà la riparazione per crimini internazionali conseguente a crimini nazisti contro cittadini italiani.

Come vedremo, in entrambi i sottotipi di riparazione penale emergono «scelte tragiche» di giudizio⁽³⁾: negli aggrovigliati intrecci fra pena, riparazione compensativa e giustizia riparativa, valori fra loro incompatibili sembrano contendersi il campo di ciò che può rappresentare una condivisa reazione pubblica nei confronti dei reati.

2. Riparazione, giustizia riparativa e funzioni della pena: un assetto problematico?

I rapporti fra pena, riparazione e giustizia riparativa, tanto sotto il profilo ontologico-strutturale quanto sotto l'aspetto funzionale, non sono privi di ambiguità. A volte si tratta di una relazione di aperto conflitto. Si potrebbe infatti pensare che la riparazione sia «qualcosa di meglio» della pena; e che la giustizia riparativa «qualcosa ancora meglio», perché più nobile, più accogliente, rispetto alla pena e alla stessa riparazione-parapenalistica. In particolare, la giustizia riparativa, quando la si vede in funzione alternativa alla pena, si colloca (almeno ide-

almente) fuori dal sistema, e da lì, da outsider, vuole divenire protagonista, mutare le coordinate essenziali attraverso le quali la collettività si rapporta al problema della criminalità. Quando invece la si considera in funzione complementare, la giustizia riparativa gioca dall'interno, opera da insider, integrando le finalità della pena attraverso una complessiva orientazione personalistica della reazione anti-criminosa, più vicina alle esigenze delle vittime e della comunità concretamente offese dal reato.

Più nello specifico, l'evoluzione della giustizia riparativa e il suo progressivo affermarsi negli ordinamenti penali sembrano procedere di pari passo con un'insoddisfazione per le tradizionali teorie della pena⁽⁴⁾. Negli ultimi trenta-quarant'anni, si è sempre di più (ri)fatta⁽⁵⁾ strada l'idea che la pena, fra le funzioni che le si chiede di svolgere, debba anche proporsi di ristorare le vittime, ripararne i danni subiti, rafforzare le aspettative di giustizia.

Nell'ambito della tradizionale teoria polifunzionale della pena, la vittima in quanto tale non compare. Resta sullo sfondo tanto della retribuzione, quanto della prevenzione generale e speciale. Ecco perché una parte della dottrina⁽⁶⁾ ha ad esempio affermato un vero e proprio diritto della vittima alla punizione del reo⁽⁷⁾: si tratta di una tesi che anche di recente ha trovato nuova linfa teorica⁽⁸⁾, e che per certi versi ha goduto di significative forme di attuazione, soprattutto nei paesi anglosassoni, attraverso l'utilizzo dei «victim impact statements» nella comminatoria della pena⁽⁹⁾. Altre teorie della pena vittimologicamente orientate, invece, si propongono, meno radicalmente, di includere la soddisfazione delle aspettative riparative della vittima («Genugtuungsfunktion»)⁽¹⁰⁾ fra gli obiettivi cui la pena dovrebbe tendere. Fra i compiti di una collettività, vi sarebbe quello di reintegrare al suo interno non soltanto l'autore, ma anche (e prima di tutto) la persona offesa, ovvero chi ha subito le conseguenze del reato; tra le finalità della pena, non vi sarebbe soltanto la rieducazione del condannato, ma anche la c.d. rieducazione o risocializzazione della vittima⁽¹¹⁾. Si aprirebbe così la strada a una «specialrestitution», un'orientazione della risposta penale specificamente diretta al superamento del trauma da parte del soggetto leso.

Sennonché, i rapporti fra le già menzionate teorie orientate in senso vittimologico e le tradizionali funzioni della pena non sono sempre interpretabili in modo univoco. Se parte della dottrina ne ha evidenziato le potenziali convergenze⁽¹²⁾, restano però particolarmente problematici i loro rapporti soprattutto rispetto al requisito della proporzione della risposta sanzionatoria, nonché rispetto al parametro rieducativo-risocializzante dell'autore di reato: da una parte, infatti, «la relazione simmetrica tra crimine e pena può essere messa a repentaglio dall'aspirazione ristorativa della persona offesa»⁽¹³⁾; dall'altra, l'attenzione al reinserimento sociale sembra mal conciliarsi con il desiderio delle vittime di ricevere giustizia, giacché la loro aspirazione riparativa può ide-

(1) F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, in F. ZANUSO - S. FULLELLI, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, 2004, 100.

(2) Secondo l'art. 42 d.leg. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. riforma Cartabia), per giustizia riparativa si intende «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». Fra i contributi dottrinari successivi all'intervento riformatore, sia in questa sede consentito limitare i nostri richiami a F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel d.leg. 10 ottobre 2022 n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in <systemapenale.it>, 27 febbraio 2023, 1-17, e a P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel d.leg. 10 ottobre 2022 n. 150. Parte II. Aspetti di diritto sostanziale*, *ibid.* Più in generale, nell'ambito della sterminata letteratura in tema di giustizia riparativa, fra le opere monografiche, v. M. BOUCHARD - F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024; G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.

(3) Il diritto, tra le varie funzioni, ha quella di facilitare la risoluzione delle c.d. scelte tragiche, quelle scelte nelle quali il decisore si ritrova a dovere favorire un valore a costo di un altro senza fare affidamento su un valore superiore entro il quale valutare i pro e i contro della scelta stessa. Sul punto si rinvia a V. NITRATO IZZO, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, 2019.

(4) Fra gli altri, G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024; M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, 1301; L. EUSEBI, *Strategie preventive e nuove risposte al reato*, *id.*, 2021, 829 ss.; v. anche F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *Foro it.*, 2022, V, 142.

(5) Per tutti, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 17 ss.

(6) J.P. REEMTSMA, *Chiuso dentro: dalla cantina di un sequestro: 33 giorni di lucida angoscia*, trad. it., Milano, 1999, anche alla luce di una vicenda delittuosa che lo ha visto personalmente coinvolto, come vittima del reato.

(7) Per considerazioni di tipo processuale, si veda soprattutto L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012.

(8) Cfr. G. FURNASARI, *Right to punishment e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli, 2023, spec. 19 ss., 74 ss.

(9) Per tutti, A. ASHWORTH, *Victim Impact Statements and Sentencing*, in *Crim. Law Rev.*, 1993, 502.

(10) T. WEIGEND, «Die Strafe für das Opfer?» – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, in *RW*, 2010, 57.

(11) Per approfondimenti, v. soprattutto M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?* Napoli, 2015, 55 ss.

(12) G. FLETCHER, *The Place of Victims in the Theory of Retribution*, in *Buff. Crim. L. Rev.*, vol. 3, n. 1, 1999, 63.

(13) L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1760-1793, 1762.

almente disinteressarsi delle sorti dell'autore e concentrarsi unicamente su come vada riparato il danno e "curata" la sofferenza subita⁽¹⁴⁾. Complessivamente, l'idea che la soddisfazione della vittima possa (o persino debba) costituire un'autonoma finalità della pena, se accolta in senso ampio, porta con sé significativi rischi per il sistema penale, che si iscrivono nelle ambivalenze del c.d. paradigma vittimario⁽¹⁵⁾: il radicale mutamento di prospettiva dall'autore alla vittima tende, infatti, ad alimentare istanze punitive⁽¹⁶⁾, introducendo elementi di discrezionalità parametrati su basi empatico-emotive e dunque ancora più evanescenti di quanto già i criteri giudiziari non lo siano ordinariamente.

Ora, benché esista una certa tendenza a pretendere che la giustizia riparativa si allinei a simili modelli penali a esclusiva trazione vittimologica⁽¹⁷⁾, le ragioni che più sollecitano l'attenzione verso questo approccio alla giustizia penale dipendono invece dalle sue capacità di porsi quale «giustizia ricostruttiva»⁽¹⁸⁾: ovverosia, quale *medium* comunicativo fra le tradizionali funzioni della pena⁽¹⁹⁾ e gli interessi più specifici delle vittime. Ciò avviene attraverso la valorizzazione degli aspetti dialogico-comunicativi e interpersonali del reato. Ma se questo è vero, c'è da chiedersi se alcune prassi di giustizia riparativa tendenti a estendere l'applicazione di simili programmi ben oltre il confronto diretto fra autore e vittima restino in effetti fedeli agli obiettivi prospettici e alla stessa natura dialogica e interpersonale della giustizia riparativa.

3. Caso studio n. 1. Mediazione con vittima surrogata o aspecifica per gravi delitti di omicidio contro la volontà delle vittime: una giustizia riparativa ancora dialogica?

La mediazione penale è fra le pratiche di giustizia riparativa più comunemente utilizzate in Europa⁽²⁰⁾. Nella sua accezione più comune, essa consiste in un procedimento mediante il quale la vittima incontra faccia-a-faccia ("vis-à-vis") l'autore del reato, in presenza di un mediatore terzo e imparziale. L'incontro acquisisce un ruolo centrale: le parti sono chiamate a (e

accettano di) condividere uno spazio comune al cui interno si compone e si articola l'impegno riparativo.

Vi sono però casi in cui la basilare identificazione fra soggetti protagonisti del reato da un lato e partecipi all'incontro di mediazione dall'altro diviene più sfocata. Più nello specifico, una forma particolarmente avanzata di distacco dal vincolo personale autore-vittima si ha con la mediazione con «vittima aspecifica o surrogata». In queste ultime ipotesi, la vittima o l'autore del reato sono alternativamente sostituiti da soggetti omologhi: l'autore del reato incontra (non la specifica persona che ha direttamente offeso, ma) una vittima di un reato analogo (detta appunto aspecifica ovvero surrogata) e assume un impegno nei confronti di quest'ultima. Si tratta di pratiche di giustizia riparativa riconosciute sul piano internazionale⁽²¹⁾ e adesso, dopo la c.d. riforma Cartabia, anche in Italia⁽²²⁾.

Ma ciò che intendiamo chiederci è se il dialogo mediatico che si instaura in tali occasioni sia in effetti in linea con le caratteristiche fondative della giustizia riparativa, e in particolare con un modello di gestione del reato che valorizza primariamente la natura interpersonale del conflitto. La questione diviene vieppiù problematica nelle ipotesi in cui si instauri un simile procedimento contro l'espressa volontà delle vittime (dirette o indirette), le quali non soltanto non vogliono in alcun modo avere a che fare con l'autore del reato, ma esprimono disagio e forte contrarietà alla possibilità che lo stesso possa comunque seguire un procedimento di confronto dialogico con un qualche «sostituto». È proprio questa la condizione che si è recentemente verificata, nelle primissime applicazioni della «riforma organica della giustizia riparativa», là dove la giurisprudenza di merito ha aperto le porte a programmi di giustizia riparativa con vittima aspecifica per gravissimi omicidi⁽²³⁾.

Un certo clamore mediatico ha ad esempio suscitato il recente caso Fontana-Maltesi⁽²⁴⁾: ipotesi di efferato omicidio commesso da un uomo contro una donna, con occultamento di cadavere, in cui, fra la sentenza di primo grado (condanna a trent'anni di reclusione) e quella di secondo grado (condanna all'ergastolo⁽²⁵⁾), la Corte d'assise di Busto Arsizio ha disposto l'invio al centro di giustizia riparativa (Cgr) competente per territorio, «al fine di verificare la fattibilità di un programma di giustizia riparativa, anche con vittima aspecifica». I giudici hanno accolto la richiesta dell'imputato, benché i parenti della vittima avessero manifestato la loro assoluta indisponibilità a incontrarlo o ad avere con lo stesso rapporti di qualsiasi tipo, diretti o mediati: a parere della corte di merito, infatti, l'istituto «si propone di ricomporre la frattura derivante dal reato non soltanto fra le singole parti, ma anche all'interno del contesto sociale di riferimento».

Ora, va innanzitutto chiarito che, nella specifica vicenda, la concreta esperibilità del percorso riparativo con vittima surrogata è tutt'altro che scontata: saranno i mediatori penali a dovere verificare la sussistenza delle condizioni di fattibilità di un incontro fra l'imputato di un così grave reato e le vittime di reati di tipo "analogo"⁽²⁶⁾. Nondimeno, il caso prospettato sollecita alcuni spunti di riflessione. C'è da chiedersi, infatti, se lo

(14) T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, Torino, 2022.

(15) D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Milano, 2014. Emblematica di simili ambivalenze è la spesso citata frase di Ricoeur, nel capitolo sul sacrificio del suo libro *La violenza e il sacro*, là dove l'autore francese afferma che: «è criminale uccidere la vittima perché essa è sacra... ma la vittima non sarebbe sacra se non la si uccidesse». R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, trad. it., III ed., Milano, 1992, 13.

(16) F. STRENG, *Kriminalpolitik. Grundlagen und Perspektiven*, in *ZStW*, 2022, 134 (4), 877-925, 890.

(17) Tendenza che, apparentemente, sembrerebbe trovare conferma nell'art. 12 della direttiva 2012/29/UE («the restorative justice services are used only if they are in the interest of the victim»), ma che è forse il frutto di un equivoco. Una direttiva che ha come autonomo ed esclusivo obiettivo la tutela delle vittime di reato deve certamente prevedere diritti e garanzie in loro favore all'interno dei programmi di giustizia riparativa, ma proprio in ragione della specificità dei suoi fini non può essere considerata un punto di osservazione sufficientemente ampio per mettere a fuoco natura e obiettivi della giustizia riparativa. Non a caso, i documenti normativi internazionali a ciò specificamente dedicati (fra gli altri, la raccomandazione n. 8 del 2018 del consiglio d'Europa) valorizzano gli interessi di tutti i partecipanti ai programmi riparativi, senza indicare un interesse prevalente rispetto a un altro.

(18) L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 1785 ss.

(19) In questa sede, per ragioni di spazio, non ci chiederemo se i programmi di giustizia riparativa siano o meno suscettibili di adempiere alle funzioni sociali di cui si compone la tesi della c.d. multifunzionalità della pena: ovverosia, la funzione retributiva da un lato e la funzione di prevenzione generale e di prevenzione speciale dall'altro. Ci limitiamo qui a evidenziare che alcuni profili di problematica compatibilità possono emergere sia sul piano teorico (soprattutto rispetto alle funzioni di prevenzione generale deterrente e di proporzione-retribuzione), sia sul piano pratico, e cioè a seconda del concreto operare dei modelli di giustizia riparativa (soprattutto rispetto alle funzioni di rieducazione-risocializzazione): *amplius*, per tutti, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 152 ss. In ogni caso, alcune tesi ritengono invece che la giustizia riparativa possa operare in sinergia con le tradizionali funzioni della pena: fra gli altri, v. H. DANCING-ROSENBERG - T. GAL, *Restorative Criminal Justice*, in *Cardozo L. Rev.*, 2013, vol. 34, 2313.

(20) B. PALI - A.D. MARDER, *Genesi ed evoluzione della giustizia riparativa in Europa*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale a cura di G.L. GATTA - M. GIALUZ*, Torino, 2024, IV, 3-21.

(21) Sul punto si rinvia all'*Handbook on Restorative Justice Programmes*. Second Edition, United Nations, Vienna, 2020, 37 ss.

(22) Ai sensi dell'art. 53, comma 1, lett. a), d.leg. 150/22.

(23) Oltre al caso Fontana-Maltesi, su cui ci soffermiamo nel testo, si veda altresì Assise Monza, ord. 8 novembre 2023, *ForoPlus*.

(24) Per un commento, a prima lettura, cfr. P. MAGGIO - F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in <systemapenale.it>, 19 ottobre 2023. Ivi per più specifici riferimenti al caso.

(25) Nel febbraio del 2024, la corte d'assise d'appello condanna Fontana all'ergastolo, applicando due aggravanti precedentemente escluse e confermando la condanna al risarcimento di 180 mila euro per il figlio della vittima: <ildubbio.news/giustizia/omicidio-maltesidavide-fontana-condannato-allergastolo-in-appello-j711d27p>.

(26) Sul piano degli «effetti» che un eventuale esito positivo di un percorso di giustizia riparativa potrà determinare, quelli ipotizzabili in caso di esito positivo sono, soprattutto, l'applicazione della nuova circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma 1, n. 6, c.p.: circostanza che, in considerazione della particolare gravità della pena inflitta, è suscettibile di condizionare in modo non trascurabile il concreto trattamento sanzionatorio applicabile.

strumento della mediazione con vittima aspecifica possa senza remore applicarsi anche qualora vi sia un'espressa opposizione da parte di chi ha subito (in quanto familiare) il trauma del reato. Possono immaginarsi due potenziali, e diametralmente opposti, approcci alla questione.

Il primo valuta favorevolmente simile possibilità.

Innanzitutto, la mediazione con vittima aspecifica soddisferebbe esigenze di uguaglianza sostanziale, consentendo sia di superare possibili «dittature vittimarie» ai danni dell'autore, sia di soddisfare le aspettative riparative della vittima («surrogante») del diverso reato⁽²⁷⁾: da un lato, infatti, tale strumento assicura che le sorti giuridiche, e lo stesso progetto di rieducazione, dell'autore non dipendano soltanto da un elemento casuale e insondabile, qual è il verificarsi delle condizioni affinché la vittima concreta, o quella indiretta, decida di partecipare alla mediazione⁽²⁸⁾; dall'altro, la vittima «surrogante» (che non ha avuto la possibilità di confrontarsi con il «proprio» autore, perché questo non vuole, perché non può, o perché non è noto alle autorità) è messa nelle condizioni di svolgere un percorso riparativo per lei vantaggioso⁽²⁹⁾.

In secondo luogo, la mediazione con vittima surrogata può essere considerata uno strumento che avvicina la giustizia riparativa alla dimensione pubblica del sistema penale⁽³⁰⁾, allontanandola da quella meramente privata. Peraltro, essa ha la capacità di estenderne il campo di applicazione ben oltre quanto sia possibile attraverso la mediazione diretta o indiretta, garantendo «efficienza» al sistema: apre spazi dialogico-riparativi altrimenti chiusi, massimizza i risultati, incrementa le «capacità di rendimento», consente di smorzare uno dei limiti più evidenti che si frappongono all'investitura della giustizia riparativa quale paradigma ad ampio spettro (e cioè, la sua strutturale debolezza applicativa, in quanto dipendente dal consenso dei protagonisti del reato).

Ma, secondo un altro possibile approccio, la mediazione con vittima surrogata presenta significativi profili problematici.

In primo luogo, si tratterebbe di uno strumento foriero di fenomeni di vittimizzazione secondaria, irrispettoso del dolore delle persone offese, alle quali «si deve» il riconoscimento di una condizione personale di sofferenza⁽³¹⁾.

In secondo luogo, e più radicalmente, la mediazione con vittima surrogata sembra addvenire a una sorta di indebita fungibilità funzionale dei protagonisti del reato. La stessa espressione «aspecifica», o ancor di più «surrogata», sottende una spersonalizzazione: le conseguenze pregiudizievoli da riparare sono individuate in base alle aspettative di un sostituto; a rilevare non è più ciò che è davvero accaduto. Una prospettiva, dunque, ben lontana dal «conflict as property», il titolo del saggio di Nils Christie⁽³²⁾, che, su basi abolizioniste, ha generato una dei principali fattori di spinta per la diffusione della giustizia riparativa.

In terzo luogo, se è vero che la mediazione aspecifica consente un'efficiente estensione del paradigma della giustizia riparativa, il suo utilizzo su vasta scala sembra criticabile per efficientismo. Innanzitutto, essa si serve di un linguaggio efficientista: «surrogato», «aspecifico», sono espressioni molto lontane dal lessico di un modello di giustizia che si propone, al contrario, il riconoscimento dell'unicità dell'esperienza vissuta; la vittima finisce per perdere centralità; è surrogata, rimpiazzata, da un'altra, ovvero aspecifica, indefinita, non identificata nella sua individualità. È

efficientista sotto il profilo funzionale, perché sembra voler raggiungere a tutti i costi il risultato della riconciliazione, della riparazione, del ravvedimento, benché ne manchino i presupposti naturali di partenza, vale a dire, la volontà di coloro che si sono ritrovati a condividere l'esperienza-reato.

Questo secondo approccio critico, a nostro parere, si lascia complessivamente preferire. Nondimeno, ciò non equivale a escludere la possibilità — e a certe condizioni l'opportunità — di un'allocatione (normativa e pratica) dei programmi riparativi con vittima aspecifica più agevolmente in linea con le caratteristiche che distinguono questo strumento dalle ordinarie forme di mediazione penale.

Ciò sarebbe possibile, anzitutto, escludendo automatismi meramente consequenziali in base ai quali, nel caso in cui una delle parti non acconsenta al percorso di mediazione, si passi, come successivo «step» di un pacchetto procedimentale predefinito, al modello della vittima aspecifica⁽³³⁾. La giustizia riparativa richiede tempo, il giusto tempo, perché le parti possano riconoscersi⁽³⁴⁾. Un freddo provvedimento giudiziale che si limiti a prendere atto dell'indisponibilità dei familiari a partecipare a un percorso riparativo e contempra *de plano*, come equivalente funzionale, la rapida sostituzione delle vittime brucia i tempi del dialogo, e probabilmente la disponibilità futura dei familiari della vittima ad avere fiducia nel sistema di giustizia. Sotto questo punto di vista, specie qualora si tratti di reati gravissimi, andrebbe privilegiata una collocazione delle prassi di mediazione con vittima aspecifica in sede penitenziaria⁽³⁵⁾.

Sul piano del linguaggio, e del suo valore (non soltanto) normativo, va infine evidenziato che la letteratura internazionale contempla senz'altro la «surrogate mediation» quale prassi di giustizia riparativa, ma tende a definirla non pienamente «restorative», bensì «quasi-restorative». Qualcosa di meno. Ciò sarebbe già un indicatore dell'opportunità di limitarne le applicazioni a un contesto diverso da quello del giudizio di cognizione. Ma forse sarebbe opportuno anche modificarne la denominazione: accompagnare ad esempio il termine «aspecifico» o «surrogato» non a una persona, sia questa la vittima o l'autore del reato, bensì all'attività, al programma gestito dal mediatore (dunque, «mediazione aspecifica o surrogata»); ovvero spostarne la prospettiva sull'elemento riparativo, più che su quello mediativo (dunque, «giustizia riparativa aspecifica o surrogata»). Ciò in quanto mediare implica un mettersi in mezzo, fra due soggetti, affinché questi accettino una qualche forma di concessione reciproca. Ma per fare delle concessioni, anche qualora ciò significhi semplicemente riconoscersi reciprocamente, si può pensare che sia necessario avere, a monte, il potere di farlo. Per concedere qualcosa devo essere nella titolarità di disporre di qualcosa che mi appartiene⁽³⁶⁾. Nella me-

(33) È quanto sembrerebbe invece emergere dalla relazione del massimario n. 2/2023, leggibile in <systemapenale.it>, 10 gennaio 2023.

(34) G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2017, X, 465.

(35) Sull'applicazione di modelli di mediazione aspecifica in una fase penitenziaria, si vedano le esperienze citate nell'*Handbook on Restorative*, cit., 38. In Italia, già prima della riforma, Trib. sorv. Venezia 7 gennaio 2012, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Ordinamento penitenziario*, n. 117, nonché *Dir. pen. e proc.*, 2012, 833, con osservazioni di G. MANNOZZI, *La reintegrazione del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*. In fase successiva alla stessa espiazione della pena, anche attraverso più complesse forme di dialogo riparativo, si vedano le significative esperienze di scambio reo-vittima per gravi fenomeni di terrorismo in G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO, *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015.

(36) È quanto richiesto come condizione minima del perdono nello scritto di V. JANKÉ LÉ VITICH, *Perdonare?*, trad. it., II ed., Firenze, 1988, 40-44. Muovendo dal dibattito sviluppatosi in Francia, negli anni settanta, circa l'imprescrittibilità o meno dei crimini nazisti commessi contro gli ebrei, il filosofo francese, nel negare la possibilità di perdono («il perdono è morto nei campi di morte»), scrive: «come possono i sopravvissuti perdonare al posto delle vittime o in nome dei reduci, dei loro genitori, dei loro familiari? No, non spetta a noi perdonare (...)». Sul punto si veda anche quanto evidenziato da J. DERRIDA, *Perdonare. L'imperdonabile e l'imprescrittibile*, trad. it., Milano, 2004, il quale (pur riconoscendo la possibilità di perdonare l'imperdonabile, contrariamente a Jankélévitch) afferma: «non si do-

(27) Come precisa la stessa relazione al d.leg. 150/22, 532. Sul punto, E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* a cura di D. CASTRINUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, Milano, 2023, 250 ss.

(28) L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 79-86, 85.

(29) Benché potrebbe replicarsi che, se non esistono i presupposti per effettuare il percorso di mediazione, ciò non esclude che non vi siano altre vie (per l'autore) rieducative o (per la vittima) riparative: in questo senso, M. BOUCHARD - F. FIORENTIN, *op. cit.*, 242 ss.

(30) Come afferma esplicitamente l'ordinanza di cui si discute nel caso Fontana-Maltesi.

(31) M. BOUCHARD - F. FIORENTIN, *op. cit.*, 169.

(32) N. CHRISTIE, *Conflict as Property*, in *British Journal of Criminology*, 1, 1977, 1.

diazione penale diretta o indiretta, il perdono o, se non questo, almeno il «riconoscimento reciproco», è possibile grazie alla volontà di coloro che hanno subito l'offesa⁽³⁷⁾; volontà che si incontra con quella di chi quella sofferenza l'ha arrecata. Nella mediazione con vittima aspecifica questo presupposto manca.

4. Le categorie della riparazione internazionale: giustizia riparativa, giustizia di transizione, giustizia compensativa

Fra le forme di giustizia riparativa in materia penale adottate in ambito nazionale e la riparazione internazionale derivante da reato⁽³⁸⁾ possiamo evidenziare due principali differenze. La prima riguarda i soggetti coinvolti: nell'attuazione dei modelli di giustizia riparativa nazionale il soggetto autore delle violenze è generalmente un singolo individuo o un gruppo di cittadini, mentre la riparazione internazionale riguarda perlopiù violazioni commesse da un organo del medesimo Stato contro gli stessi consociati (come nelle pratiche di tortura di massa), oppure da organi di uno Stato estero contro i cittadini di uno Stato straniero (come in genere avviene nel caso dei crimini di guerra)⁽³⁹⁾. La seconda riguarda gli organi del possibile controllo sull'implementazione dei procedimenti, la loro natura e i loro poteri. In ambito nazionale il ruolo del giudice continua ad essere quello del «gatekeeper», mantenendo il procedimento entro i binari dell'ordinamento ed esercitando la stessa autorità. Invece nel caso dei procedimenti di giustizia riparativa per violenza degli organi dello Stato nazionale o estero, gli organi di controllo, e di eventuale compensazione, non sono organi giurisdizionali e i loro poteri sono fortemente limitati rispetto alle esigenze di piena giustizia idealmente rappresentate da un modello retributivo. Banalmente, in casi come le torture di massa o il genocidio non si può pensare di condannare tutti i responsabili senza tenere conto delle esigenze future di riconciliazione⁽⁴⁰⁾. In questi casi non si punta a una retribuzione e a una compensazione piena dei danni subiti, ma la finalità è quella della costruzione di future relazioni in cui in cambio dell'assunzione di responsabilità per quanto accaduto si assume l'impegno a che simili casi non si ripetano.

Si accettano quindi forme di amnistia e si dispongono compensazioni ridotte rispetto a quanto generalmente previsto. In questo caso, la riparazione internazionale diventa una forma di «giustizia di transizione», in cui si deve affrontare una scelta tragica: «quanto si può perdonare o amnistiare in nome di un futuro in cui tali atti non si ripetano». Il bilanciamento tra i valori che giustificano il diritto internazionale penale è infatti sempre instabile, dato che si tratta di valori in conflitto: la pace, la sicurezza internazionale, la verità, la giustizia (intesa come

minima forma possibile di compensazione e retribuzione) e la riconciliazione. Per questa ragione il modello istituzionale preferito dalla dottrina della giustizia riparativa nel caso in cui i crimini siano commessi da organi dello Stato, uno Stato però che è passato per una profonda transizione legale, politica e sociale, sono le commissioni per la verità e la riconciliazione il cui modello è quello sudafricano⁽⁴¹⁾. In cambio dell'amnistia circa i crimini che si confessano, si arriva ad una verità che costituisce un modo per riconciliare un gruppo che «deve» comunque, se non vuole continuare a mantenere vivo il conflitto, stabilire relazioni pacifiche. In questo senso, si parte dall'idea che i valori sono in tensione e non possono essere tutti ugualmente tutelati (es. pace e «desert»). Non si tratta, così come nel modello retributivo, di un ideale algoritmo in cui i meriti e i demeriti possono essere bilanciati, ma di una «scommessa» circa il mantenimento di future relazioni cooperative⁽⁴²⁾. Inoltre, come riconosce Cunneen, la possibilità di arrivare a compensazioni dipende da un insieme di condizioni, soprattutto legali, come il riconoscimento di richieste di indennizzo, politiche e istituzionali; non vi sono dei procedimenti che astrattamente assicurano dei risultati⁽⁴³⁾.

La stessa esigenza di contemperare valori potenzialmente in conflitto, come giustizia, pace, sicurezza internazionale, verità e riconciliazione si apprezza per i casi di «riparazione internazionale compensativa» disposti da accordi. In questo caso, gli Stati contraenti si impegnano a riconoscere i loro crimini in maniera da accettare le loro responsabilità storiche, anche in cambio di compensazioni finanziarie al fine di potere riconciliarsi tramite relazioni commerciali e diplomatiche sempre più intense. Spesso questi casi di giustizia riparativa si confondono con casi di giustizia di transizione, in quanto uno o entrambi i regimi subiscono una transizione costituzionale, come il caso della Germania e dell'Italia dopo la seconda guerra mondiale⁽⁴⁴⁾. Anche in questo caso è possibile che i paesi si impegnino in commissioni congiunte, o separate per la verità e la giustizia o che stabiliscano in autonomia forme di indennizzo per le vittime secondo le norme dei rispettivi ordinamenti⁽⁴⁵⁾.

Nel caso delle relazioni tra Repubblica federale tedesca (Rft) e Italia, lo Stato tedesco ha prima concluso una serie di accordi con il governo italiano⁽⁴⁶⁾, e successivamente ha emanato una legge sulla memoria con l'istituzione nel 2000 di una fondazione: «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft» («ricordo, responsabilità, futuro») che, come emerge anche dal titolo, si fa carico dei valori riconciliativi tipici della giustizia riparativa. Tuttavia, l'esperienza concreta di questa fondazione ha fatto sorgere molti dubbi sulle reali volontà politiche di riparare le violazioni avvenute. Un dato è evidente: su 130 mila richieste di indennizzo, 127 mila sono state rifiutate⁽⁴⁷⁾ in quanto è stato riconosciuto agli internati dei campi di lavoro forzato lo status di prigioniero di guerra che era previsto dalla legge come causa

vrebbe mai perdonare nel nome di una vittima, e soprattutto se questa è radicalmente assente dalla scena del perdono»: *ibid.*, 59.

(37) Qualora si seguisse il pensiero dei due filosofi francesi prima menzionati, in realtà, anche nella mediazione con vittima indiretta (i parenti della vittima uccisa) gli spazi riconciliativi disponibili, se intesi alla stregua di un perdono, si ridurrebbero notevolmente.

(38) Le forme di riparazione internazionale conseguente a fatti di reato hanno trovato notevole incremento a partire dalla seconda guerra mondiale e si sono sempre più diffuse con la stagione dei tribunali internazionali per i crimini nella ex Jugoslavia e in Ruanda (C. CUNNEEN, *Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights, and restorative justice*, in D. SULLIVAN - L. TIFFT (eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Abingdon, 2006, 355), e successivamente con l'istituzione della Corte penale internazionale che istituisce il Trust Fund for Victims. Sul punto la letteratura è ormai amplissima. Rimandiamo a G. ZAGO, *The role of victims at the International Criminal Court: legal challenges from the tension between restorative and retributive justice*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 12 novembre 2014; S. KENDALL, *Restorative Justice at the International Criminal Court*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2, 2018, 217-222.

(39) Per la configurabilità dei crimini internazionali anche nei conflitti interni, in seguito alla sentenza *Tadić*, si veda T. GAL, *Unexplored Outcomes of Tadić: Applicability of the Law of Occupation to War by Proxy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, vol. 12, 59-80.

(40) P. ROBERTS, *Restoration and Retribution in International Criminal Justice*, in A. VON HIRSCH - A. JULIAN - V. ROBERTS - A.E. BOT TOMS - M. SCHIFF - K. ROACH (eds.) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, London, 2003, 125.

(41) C. CUNNEEN, *op. cit.*, 360-362; P. ROBERTS, *op. cit.*, 123; N. A. COMBS, *Guilty pleas in international criminal law: constructing a restorative justice approach*, Stanford, California, 2007, 21 ss.

(42) P. ROBERTS, *op. cit.*, 128.

(43) C. CUNNEEN, *op. cit.*, 366.

(44) R. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2000; P. CAROLI, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Abingdon, 2021.

(45) N.A. COMBS, *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, Stanford, California 2007.

(46) Gli accordi italo-tedeschi di Bonn, 2 giugno 1961, vengono eseguiti con due atti normativi (d.p.r. n. 1263 del 14 aprile 1962 e l. 6 febbraio 1963 n. 404) sugli indennizzi alle vittime delle persecuzioni nazionalsocialiste. Ulteriori norme per l'attuazione degli accordi di Bonn del 1961 sono la l. 5 luglio 1964 n. 607 e il d.p.r. 6 ottobre 1963 n. 2043. In tali accordi si stabiliva che in cambio di una somma totale di 80 milioni di marchi dell'epoca lo Stato italiano si impegnava a non pretendere alcun'altra somma.

(47) P. PALCHETTI *Right of Access to (Italian) Courts über alles? Legal Implications Beyond Germany's Jurisdictional Immunity*, 50, in V. VOLPE - A. PETERS - S. BATTINI (eds.), *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*, Dordrecht, 2021.

di esclusione dai benefici⁽⁴⁸⁾. Tale decisione, confermata dalla stessa Corte costituzionale tedesca⁽⁴⁹⁾, è stata considerata prova di una scarsa volontà di compensare le vittime, in particolare i deportati civili e militari adibiti ai lavori forzati dopo l'8 settembre 1943, che mai furono riconosciuti dalle autorità naziste come eventi lo *status* di prigionieri di guerra⁽⁵⁰⁾.

A questa situazione di stallo hanno cercato di supplire i giudici italiani, che hanno assunto le vesti di attori principali di un difficile processo di riparazione compensativa, privo però, come vedremo, di appigli nel diritto internazionale vigente sulle immunità.

5. Caso studio n. 2. La triste vicenda delle compensazioni per i crimini nazisti in Italia

La vicenda delle compensazioni per i crimini di guerra perpetrati dalla Wehrmacht durante la seconda guerra mondiale in Italia può farsi iniziare con Corte cost. 28 febbraio 1996, n. 60⁽⁵¹⁾, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 270 c.p. mil. pace che impediva la costituzione di parte civile nei giudizi penali militari, questione sollevata durante il celebre processo a Erich Priebke. Con tale decisione si sono aperti inediti spazi per azioni di responsabilità civile a favore delle vittime dei crimini di guerra perpetrati dall'esercito tedesco.

Con la sentenza Ferrini della Cassazione civile⁽⁵²⁾, che aveva per oggetto il caso di un deportato che si era rivolto senza successo alla giurisdizione tedesca, si stabiliva che la Rft non si poteva sottrarre alla giurisdizione del giudice italiano; e con la sentenza Milde del 2008⁽⁵³⁾ si riconosceva la responsabilità civile dello Stato tedesco.

Si disapplicavano, così, le norme di diritto internazionale sulle immunità circa gli atti *iure imperii*, quali quelli avvenuti durante un evento bellico, e la lettera dell'accordo del 1961.

Circa la giurisdizione del giudice italiano si affermava l'esistenza di una deroga alla consuetudine sulle immunità *iure imperii* allorché tali atti configurassero un crimine di guerra. Secondo i giudici, nel diritto internazionale così come si era evoluto dopo la seconda guerra mondiale era già applicabile una «eccezione umanitaria» alle regole dell'immunità giurisdizionale, tale per cui lo Stato responsabile poteva essere perseguito nel foro dello Stato in cui il crimine era stato commesso. Soltanto così si sarebbero potute tutelare le vittime dei crimini internazionali.

Circa il secondo punto, con la sentenza Milde, si interpretava l'accordo prima citato come limitato solo alle questioni in quel momento pendenti, nel 1961, e comunque tale accordo non si applicava a questioni inerenti crimini di guerra.

Cominciando i procedimenti di risarcimento, anche in sede esecutiva, la Rft cita in giudizio presso la Corte internazionale di giustizia (Cig) lo Stato italiano per violazione delle norme di diritto internazionale sull'immunità.

Con la sentenza *Germania c. Italia* del 3 febbraio 2012⁽⁵⁴⁾, la Cig soddisfa *in toto* le richieste della Rft: 1) stabilisce che la magistratura italiana aveva violato l'immunità della Repubblica federale tedesca ammettendo cause civili per il risarcimento da danni derivanti dalle violazioni del diritto di guerra commesse dal Terzo Reich tra il 1943-1945; per la Cig l'eccezione umanitaria non è cogente in quanto la norma sulle immunità è meramente procedurale; 2) afferma che lo Stato italiano ha violato l'immunità di cui gode la Rft cominciando la procedura esecutiva su Villa Vigoni, 3) considera contraria all'obbligo di rispet-

tare l'immunità internazionale la decisione dei giudici italiani di accettare la delibazione delle sentenze delle corti greche basate sulla violazione del diritto di guerra commesse in Grecia dal Terzo Reich, 4) impone al governo italiano l'obbligo, attraverso la legislazione o in altro modo a sua scelta, di assicurarsi che le sentenze che violano la immunità della Rft cessino i loro effetti.

Per uniformarsi alla decisione della Cig il parlamento italiano ratifica, da parte sua, la convenzione di New York con la l. 14 gennaio 2013 n. 5, che riconosce ed applica la convenzione delle Nazioni unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, del 2 dicembre 2004, rendendo parte dell'ordinamento quelle norme che impediscono i procedimenti esecutivi nei confronti dei beni a destinazione pubblicistica degli Stati esteri.

Subito dopo, però, Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238⁽⁵⁵⁾ dichiara contrario a Costituzione l'art. 3 l. n. 5 del 14 gennaio 2013 e l'art. 1 l. n. 848 del 17 agosto 1957, che ratifica la carta delle Nazioni unite limitatamente all'obbligo dello Stato italiano di conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012. La *ratio* di tale sentenza della Corte internazionale di giustizia è contraria al «controlimite» del diritto al giudice in quanto produce (considerato in diritto 5.1) «il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili». Pertanto, tale sentenza non può essere vincolante per il giudice italiano.

La giurisprudenza italiana si trova quindi davanti a un vicolo cieco. Risulta infatti insuperabile l'ostacolo posto dalle norme della convenzione di New York che dispongono vincoli molto stringenti alle possibilità di procedure esecutive. Tali vincoli vengono riconosciuti anche dalla giurisprudenza della Cassazione, che riconosce «in astratto» il diritto al procedimento di cognizione, mentre sistematicamente i procedimenti di esecuzione rimangono senza effetti per le vittime, dato che la Rft si sottrae al pagamento dei danni da responsabilità civile⁽⁵⁶⁾.

Mantenendosi tuttavia aperti i canali diplomatici tra i due paesi, la situazione subisce un cambio di passo con la richiesta presentata presso la Corte internazionale di giustizia da parte della Rft il 29 aprile del 2022 di «misure provvisorie» richiedendo la applicazione della sentenza Corte internazionale di giustizia del 2012⁽⁵⁷⁾.

Temendo un altro verdetto negativo e in evidente coordinazione con le autorità tedesche, il legislatore promulga il d.l. 30 aprile 2022 n. 36 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Pnrr), convertito dalla l. 29 giugno 2022 n. 79. Nell'art. 43 si stabilisce la creazione di un fondo di ristoro per le vittime con fondi dell'erario italiano e si chiude la porta a future cause civili contro lo Stato tedesco per danni conseguenti a crimini di guerra tra il 1939 e il 1945⁽⁵⁸⁾.

L'art. 43, però, viene rinviato con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma del 21 novembre 2022⁽⁵⁹⁾ alla Corte costituzionale per violazione degli art. 3 e 24 Cost. in quanto comprime in maniera irragionevole i diritti delle vittime. Una eventuale dichiarazione di incostituzionalità riaprirebbe però il contenzioso con la Rft presso la Corte internazionale di giustizia.

La Corte costituzionale, con la sentenza 21 luglio 2023, n. 159⁽⁶⁰⁾, afferma invece la costituzionalità della disposizione che

(55) Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, *Foro it.*, 2015, I, 1152, con note di A. PALMIERI e di A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controlli: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*.

(56) Sul punto si veda G. BERRINO, *Cala ancora una volta la scure delle sezioni unite sull'esenzione della Germania dalla giurisdizione italiana per crimini internazionali perpetrati dal regime nazista, in < sistema penale.it >*, 27 ottobre 2020.

(57) Sul ricorso si veda G. BERRINO, *Un'istantanea del nuovo ricorso della Repubblica federale tedesca alla Corte internazionale di giustizia per violazione delle immunità giurisdizionali da parte dello Stato italiano, in < sidiblog.org >*, 16 maggio 2022.

(58) Sul testo di legge si veda G. BERRINO, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale, in Riv. dir. internaz.*, 2022, 827-835.

(59) Trib. Roma, sez. IV, 1° dicembre 2022, iscritta al reg. ord. n. 154/2022, <gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/01/04/22C00250/s1>.

(60) Corte cost. 21 luglio 2023, n. 159, *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 207.

(48) Sul punto si veda F. FRANCONI, *Overcoming the Judicial Common-drum: The Road to a Diplomatic Solution*, in VOLPE et alii, *op. cit.*, 346.

(49) A. PAVONI, *A Plea for Legal Peace*, in VOLPE et alii, *op. cit.*, 100, n. 26.

(50) J. LUTHER, *A Story of 'Trials and Errors' That Might Have No Happy End*, in Volpe et alii, *op. cit.*, 126-128.

(51) Corte cost. 28 febbraio 1996, n. 60, *Foro it.*, 1997, I, 68.

(52) Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, *Foro it.*, 2007, I, 936.

(53) Cass. 21 ottobre 2008 - 13 gennaio 2009, n. 1072, Governo Germania federale, *Foro it.*, 2009, II, 332, con nota di G. ARMONE - F. GANDINI.

(54) Corte internazionale di giustizia 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia: Grecia interveniente*: <icj-cij.org>.

istituisce il fondo, chiarendo che si tratta di un fondo che si collega «in maniera virtuosa ma onerosa» a quegli accordi che la giurisprudenza italiana in nome della «eccezione umanitaria» aveva disapplicato. Inoltre, si dichiara legittima la norma che nega il ristoro a coloro che avevano goduto di delibazione di sentenze di condanna alla Rft in altri paesi. Gli unici beneficiari del fondo possono essere vittime di crimini avvenuti in Italia.

Si realizza quindi lo scenario peggiore per quanti hanno creduto che almeno in Italia si sarebbe potuto modificare la consuetudine internazionale sulle immunità, negandola nel caso in cui lo Stato fosse responsabile di crimini di guerra, anche contro quanto deciso dalla Corte internazionale di giustizia. Eppure, parte della dottrina⁽⁶¹⁾ aveva avvertito dell'unico esito possibile di tale vicenda, vista la mancata modifica nel tempo delle norme di diritto internazionale sull'immunità, così come vi erano dubbi legali e politici circa il ruolo dei giudici in materie di natura diplomatica già al deposito della sentenza Milde⁽⁶²⁾.

La teoria e la prassi della riparazione internazionale hanno qualcosa da imparare da questa vicenda? Secondo noi, sì. In primo luogo, è da notare la circostanza che i protagonisti istituzionali non hanno agito con una sola voce, almeno dopo la sentenza della Corte internazionale. Ricordiamo che il legislatore ha applicato quanto richiesto dalla Corte de L'Aja, assumendo quindi che non si potesse pretendere altro risarcimento tramite le procedure esecutive disponibili alla luce del diritto internazionale vigente. Parte della magistratura, supportata dalla sentenza 238 del 2014, invece, ha sostenuto la risarcibilità del danno, ma solo in astratto, in quanto in concreto le misure esecutive rimanevano senza esito per le vittime. C'è da domandarsi se questa differenza di voci non sia stata di documento, piuttosto che di giovamento, per le esigenze delle vittime di ottenere una compensazione.

Arriviamo così al secondo punto da tenere in considerazione. Mentre fino alla sentenza della Corte internazionale di giustizia si poteva argomentare che avevamo a che fare con un caso di evoluzione di una consuetudine che poteva portare ad una riparazione compensativa (o meglio, correttiva) attraverso l'accesso alla giurisdizione, successivamente tale possibilità si è chiusa. È rimasta aperta soltanto la strada di un fondo di ristoro finanziato da una delle due parti, ma che, secondo la decisione della Corte costituzionale, si collega ad un precedente accordo in cui le parti si impegnavano, così come è razionale fare a chiusura di vicende di violenza e al fine di riprendere relazioni cooperative, a non richiedere più alcuna compensazione. Bisogna quindi domandarsi se alla fine la dottrina Ferrini e Milde non fosse da abbandonare dopo la sentenza della Corte internazionale, in quanto inefficace a riparare le vittime, dato lo scudo che le norme sull'immunità ponevano a eventuali azioni risarcitorie.

In ultimo, bisogna considerare nella valutazione dei procedimenti di riparazione internazionale, come abbiamo precedentemente detto, l'importanza del contesto, e il peso delle scelte tragiche: la circostanza che non si possono contemperare i valori. In questo caso, lo scontro tra chi richiedeva una dichiarazione di invalidità costituzionale dell'art. 43 l. 79/22⁽⁶³⁾ e chi invece auspicava una sentenza che ne dichiarasse la legittimità⁽⁶⁴⁾ può essere visto come il risultato di differenti concezioni circa il ruolo del diritto nella risoluzione di controversie particolarmente complesse. Possiamo scegliere una prospettiva che guarda verso

il passato, che pretende distabilire responsabilità sulla base di quanto è avvenuto secondo il diritto vigente. Ma alternativamente possiamo concepire il diritto come uno strumento che risolve le controversie in maniera che in futuro non si ripresentino o si decidano con il minor costo possibile per le vittime. La seconda prospettiva ci sembra quella più coerente con i valori della riparazione internazionale, soprattutto quando si tratta di relazioni internazionali, e questa ci sembra la *ratio* della recente sentenza n. 159 della Corte costituzionale. Ma forse è un dilemma irrisolvibile: in ogni caso, l'altissimo tasso di politicità della questione e la forza paralizzante dell'immunità rischiano di sacrificare sia i valori della giustizia sia i valori della riparazione.

6. Conclusioni

Le strategie normative anti-criminose di tipo riparatorio sono orientate alla ricerca di soluzioni idonee a garantire un'effettiva soddisfazione delle vittime di reato. Ma simile effetto pacificatorio non può essere ottenuto attraverso dispositivi riparativi che operino sulla base di meri automatismi funzionali di tipo sostitutivo («vittima x» al posto di «vittima y»; compensazione economica al posto dell'incriminazione). In entrambi i casi non si riesce a chiudere i conti con la storia. Nel primo, la vittima surrogata rischia di essere abbandonata al proprio rancore, specie se la mediazione aspecifica avviene quando i tempi non appaiono ancora maturi; nel secondo, la piena compensazione per i crimini di guerra trova un ostacolo nella presenza di accordi transattivi fra paesi e nella stabilità delle norme di diritto internazionale sulle immunità: accordi e norme che, se messi in discussione, porrebbero in pericolo il valore di future relazioni cooperative fra gli Stati. In ogni caso, l'effetto pacificatorio della riparazione resta l'esito di scelte tragiche di giudizio, che possono essere affrontate soltanto attraverso un'attenta ponderazione dei valori e degli interessi di volta in volta in gioco.

GUIDO SMORTO

Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica

Fin dalla sua presentazione, il nuovo regolamento europeo sull'intelligenza artificiale è stato oggetto di riflessioni critiche, soprattutto in ragione di un impianto complessivo giudicato da molti insufficiente a rispondere ai bisogni di tutela che derivano dal crescente impiego di sistemi di IA: divieti ridotti al minimo, semplici obblighi di trasparenza per i sistemi di IA che presentano rischi specifici di impersonificazione e inganno, un sistema di gestione del rischio di tipo documentale e rimesso ai diretti interessati. Un'attenzione decisamente minore è stata invece dedicata all'opzione, compiuta a monte dal legislatore Ue, di adottare un approccio basato sul rischio. Scopo del presente articolo è quello di focalizzare l'attenzione sulla scelta di fondo, che informa la logica complessiva dell'intero impianto normativo del regolamento e le regole di dettaglio che lo compongono, di disciplinare i sistemi di intelligenza artificiale attraverso la c.d. risk-regulation, e soprattutto di ragionare sulle ripercussioni di questa scelta sulla distribuzione dei benefici e delle perdite derivanti dall'impiego di sistemi di IA, formulando in chiusura alcune proposte interpretative volte a favorire una lettura del regolamento maggiormente orientata a considerazioni di tipo distributivo, e che dia spazio a quei bisogni di tutela che rischiano di trovare accoglimento solo in misura marginale nella disciplina in commento.

(61) C. FOCARELLI, *State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On*, in *The Italian review of international and comparative law*, 1, 2021, 53-54.

(62) C. GALLORO, *Lo Stato straniero è tenuto al risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini contro l'umanità*, in *Riv. cooperaz. giuridica internazionale*, 2009, fasc. 32, 187s.

(63) P. TORRETTA, *I risarcimenti per i crimini di guerra del Terzo Reich fra giustizia e ragioni di Stato. La parola di nuovo alla Corte costituzionale*, in *Colpe di Stato, Atto II - Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta* a cura di G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, 2023, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2023, fasc. 2, <forumcostituzionale.it/wordpress/?tag=andrea-pugiotto>, 15 giugno 2023, 1-32.

(64) F. SALERNO, *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla quaestio legitimitatis della "norma ristori" a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, in *Colpe di Stato, Atto II*, cit., 34-53.