

## VITTIMA DEL REATO E GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO POST LISBONA

*Nota a Corte giustizia UE., 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, Gueye e  
Sánchez*

di Raffaella Calò

SOMMARIO: 1. Il duplice quesito posto dai giudici spagnoli alla Corte di Giustizia. — 2. Il quadro fattuale e normativo da cui ha tratto origine la domanda di pronuncia pregiudiziale. — 3. La decisione della Corte e l'individuazione dell'ambito applicativo della decisione quadro sulle vittime del reato. — 4. Alcuni argomenti di natura sostanziale a sostegno delle conclusioni cui è pervenuta la Corte. — 5. Il dovere del giudice di prendere in considerazione la volontà della vittima in sede di commisurazione della pena... — 6. ...soprattutto nelle ipotesi di maltrattamenti in famiglia e reati simili. — 7. La discrezionalità degli Stati nella determinazione dei reati suscettibili di mediazione.

### 1. Il duplice quesito posto dai giudici spagnoli alla Corte di Giustizia.

L'Unione europea riconosce alle vittime dei reati il diritto di incidere sulle scelte punitive degli Stati membri, consentendo loro di chiedere allo Stato la rinuncia alla irrogazione della pena accessoria nei confronti del reo e, eventualmente, una rinuncia alla pena *tout court* in favore di forme di giustizia riparativa?

E' questo, in estrema sintesi, il duplice quesito che i giudici spagnoli hanno posto alla Corte di giustizia con una domanda di pronuncia pregiudiziale. La risposta della Corte europea, in linea con le conclusioni cui era pervenuto l'Avvocato Generale, è di segno negativo. Da un lato, afferma la Corte in una recentissima sentenza<sup>1</sup>, sebbene la persona offesa goda di una serie di garanzie procedurali previste dalla decisione quadro 2001/220, fra cui il diritto di essere sentita dall'autorità giudiziaria procedente, essa non vanta, in base alle norme dell'Unione, alcun diritto in tema di determinazione della pena da irrogare al condannato<sup>2</sup>. Dall'altro, la scelta di escludere il ricorso a forme di giustizia riparativa, e segnatamente a procedure di mediazione, per un particolare

---

<sup>1</sup> Corte giust., 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*.

<sup>2</sup> V. Corte giust., 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., punto 60: "Tale diritto procedurale ad essere sentiti ai sensi dell'art. 3, primo comma, della decisione quadro non attribuisce alle vittime alcun diritto quanto alla scelta delle forme delle pene da infliggere agli autori dei fatti in base alle norme del diritto penale né quanto all'entità delle pene medesime".

genere di reati, è un'opzione di politica criminale che rientra nella discrezionalità dei singoli Parlamenti nazionali<sup>3</sup>.

La sentenza in parola offre dunque una risposta nettamente e “doppiamente” statocentrica alla questione della irrogazione della pena. La (rinuncia alla) pena, sembra dire la Corte, è una questione di diritto interno, su cui l'Unione europea, allo stato, non può incidere, né direttamente, imponendo agli Stati il ricorso a forme di giustizia riparativa in luogo di una giustizia repressiva, né indirettamente, riconoscendo alla vittima del reato poteri *lato sensu* dispositivi circa il contenuto della sentenza di condanna. Non solo, perché – e in questo senso l'impostazione della Corte è “doppiamente” statocentrica – l'intervento punitivo che si manifesta nell'astratta comminatoria edittale e nella concreta irrogazione della pena da parte del giudice risponde ad interessi nazionali di marca pubblicistica rispetto a cui l'interesse della singola persona offesa a porre in luce la dimensione “privata” e “interpersonale” del conflitto è, anche nel sistema del diritto dell'Unione, destinato a soccombere<sup>4</sup>.

*Nihil novi sub sole*, dirà qualcuno. Può darsi. Ma nell'approccio possibilista e francamente liberale adottato dai giudici spagnoli nell'ordinanza di rinvio è difficile non scorgere l'eco di un dibattito più ampio che coinvolge tutti gli attori del panorama politico-giudiziario europeo e li costringe a confrontarsi sul tema della tutela dei diritti fondamentali in un sistema pluralista e policentrico. Ed allora, la risposta della Corte di giustizia, pragmaticamente tesa ad evidenziare l'assenza di una base normativa al riconoscimento di diritti di natura sostanziale alle vittime dei reati e, correlativamente, l'esistenza di indiscutibili spazi di espressione della sovranità statale, seppur condivisibile quanto agli esiti, lascia un po' di amaro in bocca per non aver saputo o voluto cogliere il guanto di sfida che la Corte spagnola le aveva lanciato. Ed è dall'ordinanza del giudice rimettente che conviene pertanto prendere le mosse.

## **2. Il quadro fattuale e normativo da cui ha tratto origine la domanda di pronuncia pregiudiziale.**

La domanda di pronuncia pregiudiziale trae origine da due casi, pressoché identici tra loro, di violazione dell'ordine di allontanamento dato dal giudice. In entrambi i casi gli imputati, a seguito della condanna per reati intrafamiliari, erano stati altresì condannati alla pena accessoria del divieto di avvicinamento e comunicazione con la persona offesa, conformemente al diritto spagnolo, in base al quale tale pena accessoria, avente una durata minima di sei mesi predeterminata dal legislatore, segue

---

<sup>3</sup> V. Corte giust., 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., punti 72-74.

<sup>4</sup> V. quanto afferma la Corte di giustizia dell'UE nella sentenza del 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez* cit., punti 61 e 62.

obbligatoriamente alla condanna per violenza domestica. In entrambi i casi, infine, l'irrogazione della sanzione era contraria alla volontà e agli interessi delle vittime, che avevano manifestato la propria intenzione di riprendere i contatti con gli autori delle violenze e chiedevano di accedere a forme di mediazione.

### **3. La decisione della Corte e l'individuazione dell'ambito applicativo della decisione quadro sulle vittime del reato.**

La prima questione sollevata dal giudice rimettente concerne dunque la legittimità di una normativa nazionale che preveda, per un'intera categoria di fattispecie criminose, una pena accessoria obbligatoria avente durata minima inderogabile, anche quando le rispettive vittime si oppongano all'imposizione o al mantenimento della sanzione. L'indefettibilità della misura interdittiva, ad avviso dei giudici spagnoli, si porrebbe in conflitto con gli articoli 2, 3 ed 8 della decisione quadro in materia di vittime del reato, disconoscendo due principi da questa sanciti: da un lato, il diritto della vittima al libero sviluppo della personalità ed al rispetto della propria vita privata e familiare<sup>5</sup>; dall'altro il diritto della vittima ad essere sentita dal giudice precedente<sup>6</sup>.

La risposta della Corte di Giustizia, come accennato in precedenza, è *tranchant*.

Rileva infatti la Corte che l'art. 8 comma 1 della decisione quadro è sì volto a garantire un livello adeguato di protezione alle vittime, con particolare riguardo alla sicurezza e alla tutela della vita privata, ma solo nell'ipotesi in cui le autorità competenti ritengano che esista "una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intromissione nella sfera della vita privata"<sup>7</sup>. Si tratta insomma, ad avviso della Corte, di una misura di tipo pratico e preventivo diretta a far sì che la vittima del reato sia tutelata nei confronti dell'autore del fatto criminoso anche nel

---

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 2 comma 1 della decisione quadro 2001/220/GAI: "Ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo e appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento e ne riconosce i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale". L'art. 8 comma 1 prevede che "ciascuno Stato membro garantisce un livello adeguato di protezione alle vittime di reati ed eventualmente ai loro familiari o alle persone assimilabili, in particolare per quanto riguarda la sicurezza e la tutela dell'intimità della vita privata, qualora le autorità competenti ritengano che esista una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intromissione nella sfera della vita privata".

<sup>6</sup> V. l'art. 3 della decisione quadro 2001/220/GAI, rubricato "Audizione e riproduzione di prove": "1. Ciascuno Stato membro garantisce la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. 2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale".

<sup>7</sup> Corte giust., causa 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 65 e 66.

corso del procedimento penale, affinché la sua partecipazione non risulti compromessa da rischi per la sicurezza e la vita privata; per contro, l'art. 8 della decisione quadro non può essere inteso nel senso che gli Stati membri siano parimenti tenuti a proteggere le vittime contro gli effetti indiretti che le pene inflitte dal giudice nazionale ai rei possano produrre in un momento successivo"<sup>8</sup>.

Alla luce di queste premesse e considerato, in termini più generali, che la decisione quadro attribuisce alle vittime dei reati diritti di natura essenzialmente procedurale<sup>9</sup>, l'art. 8 della decisione quadro non può essere interpretato nel senso che limiti gli Stati membri nella scelta delle sanzioni penali previste nei rispettivi ordinamenti giuridici interni. E poiché l'eventuale obbligo per il giudice di disporre una misura di allontanamento del tipo di quella prevista dal legislatore spagnolo, al pari di ogni questione relativa alle sanzioni penali, non ricade nella sfera di applicazione della decisione quadro, tale obbligo "non può, in ogni caso, essere di per sé valutato alla luce delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"<sup>10</sup>.

Quanto al diritto della vittima ad essere sentita dal giudice procedente, la Corte del Lussemburgo afferma che tale diritto, previsto dall'art. 3 della decisione quadro, non implica anche il potere di disporre della pena, imponendo allo Stato una rinuncia all'esercizio del proprio magistero punitivo. Ed invero, posto che "la tutela penale contro gli atti di violenza domestica che uno Stato membro garantisce esercitando il proprio potere repressivo è volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì parimenti altri interessi più generali della collettività"<sup>11</sup>, il diritto della vittima ad essere sentita previsto dall'art. 3 della decisione quadro deve essere adeguatamente inteso, alla luce della *ratio* della disposizione che è esclusivamente quella di garantire che la persona offesa dal reato possa partecipare effettivamente al procedimento penale.

---

<sup>8</sup> Corte giust., causa 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 67.

<sup>9</sup> La Corte di giustizia nella citata sentenza *Gueye e Sánchez* al par. 54, afferma che "la decisione quadro è caratterizzata, per quanto attiene alla sua struttura ed al suo contenuto, dal fatto che essa enuncia all'art. 2, in termini generali, gli obiettivi principali che intende conseguire ai fini della protezione delle vittime e precisa, negli articoli successivi, una serie di diritti, di natura principalmente procedurale, di cui le vittime devono poter beneficiare nell'ambito del procedimento penale".

<sup>10</sup> Corte giust., causa 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 69. Analoghe considerazioni erano state espresse dall'Avvocato generale Kokott, che nelle sue conclusioni, ai para. 78 e 79, aveva affermato: "Dato che la decisione quadro verte soltanto sugli aspetti processuali penali della protezione delle vittime e non sulle pene da irrogare all'autore del reato, la presente ipotesi non rientra nell'ambito di applicazione della decisione quadro e pertanto del diritto dell'Unione. La Corte non è dunque competente a valutare se e in che misura le norme di diritto penale spagnolo, criticate dal giudice del rinvio, concernenti l'imposizione di una misura di allontanamento in caso di reati di violenza domestica, siano compatibili con i diritti fondamentali, ad esempio con l'obbligo di rispetto della vita privata e familiare. L'accertamento dei diritti fondamentali degli interessati resta piuttosto un compito del giudice costituzionale nazionale ovvero della Corte europea dei diritti dell'uomo".

<sup>11</sup> Corte giust., causa 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 61.

Pertanto, prosegue, la Corte, se è vero che alla vittima deve essere garantita la possibilità di descrivere oggettivamente lo svolgimento dei fatti e di poter esprimere il proprio punto di vista, rimane comunque fermo che il “diritto procedurale ad essere sentiti ai sensi dell’art. 3, primo comma, della decisione quadro non attribuisce alle vittime alcun diritto quanto alla scelta delle forme delle pene da infliggere agli autori dei fatti in base alle norme del diritto penale né quanto all’entità delle pene medesime”<sup>12</sup>.

#### **4. Alcuni argomenti di natura sostanziale a sostegno delle conclusioni cui è pervenuta la Corte.**

La bontà della soluzione ermeneutica cui approda la Corte di giustizia si misura anche alla luce di alcuni argomenti di marca sostanziale.

In primo luogo, l’eventuale rinuncia, da parte dello Stato, all’esercizio dello *jus puniendi*, costituisce il frutto di una scelta talmente pregnante di valenza politica da non poter essere imposta direttamente dall’Unione ed in maniera uniforme in tutto lo spazio giudiziario europeo, in nome della tutela delle prerogative delle vittime del reato ed indipendentemente dalla volontà dei singoli Stati membri che del diritto di punire sono ancora titolari. E questo non solo per un principio astratto di attribuzione di competenze e di tutela della sovranità statale – che pure esiste e trova espressione nell’assenza di base normativa segnalata dalla Corte – ma soprattutto perché, in questo caso, ancor più che in altri ambiti del sistema penale, la scelta normativa si presenta come “prodotto tipico locale”, condizionato dalle tradizioni giuridiche e culturali dei singoli Paesi.

Ed invero, qualunque determinazione normativa circa le facoltà spettanti alla persona offesa in punto di pena investe, e non potrebbe essere altrimenti, l’intero discorso sulla finalità della sanzione criminale e, in particolare, il peso da attribuirsi alle istanze di pacificazione sociale rispetto alle esigenze di prevenzione generale e speciale e alla valenza retributiva della pena. Alla luce di queste premesse, si palesa l’inopportunità di un intervento diretto delle fonti sovranazionali che invero sarebbe in contrasto con il pluralismo normativo e culturale di cui si fa garante l’Unione.

Inoltre, la problematica dei *desiderata* della vittima in merito alla punizione del reo si pone con particolare evidenza proprio in materia di maltrattamenti in famiglia e

---

<sup>12</sup> Corte giust., causa 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 60. Analog. L’Avv. Generale, che nelle sue conclusioni rileva che “la decisione quadro non disciplina in modo generale ed esaustivo tutti gli aspetti della protezione delle vittime, ma specificamente quelli relativi alle garanzie procedurali nel procedimento penale. Il diritto della vittima di essere sentita ex art. 3 non può quindi essere interpretato in maniera così ampia che ne venga influenzato indirettamente addirittura l’ambito della pena edittale prevista dalla normativa nazionale”

reati similari che possono costituire, sotto molti profili, ipotesi di reati c.d. culturalmente condizionati<sup>13</sup>; in questa prospettiva ed alla luce dei molti fronti aperti sul piano del c.d. “multiculturalismo” penale, pare opportuno che siano i Parlamenti nazionali ad operare le scelte di fondo in materia, assolvendo al proprio ruolo di mediazione culturale in conformità con il principio democratico.

Senza contare, poi, che anche laddove si ritenesse l’opportunità di una disciplina uniforme europea avente ad oggetto l’esistenza e l’ampiezza di un eventuale potere dispositivo della sanzione criminale in capo alla vittima del reato, si tratterebbe comunque di una questione talmente complessa da non poter essere affrontata e risolta sbrigativamente in forza soltanto delle generiche disposizioni contenute nella decisione quadro 2001/220 e prima richiamate.

Ma soprattutto, occorre guardarsi dai rischi di un malinteso protezionismo, in forza del quale, in nome della tutela del libero sviluppo della personalità dei singoli individui, lo Stato – liberamente o in adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione europea – finirebbe per abdicare ai propri doveri di tutela delle persone, accettando deliberatamente il rischio di lasciare i soggetti deboli in balia dei propri oppressori<sup>14</sup>. Per inciso, questo rischio pare tanto maggiore con riferimento ai reati di maltrattamenti in famiglia, come quelli che hanno originato la domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale spagnolo. Infatti, posto che la dimensione pubblica di questo tipo di violenza e la formazione di un ampio consenso sociale alla sua repressione sono, almeno in alcuni Paesi, fra cui l’Italia, conquiste di questi ultimi anni, la consapevole rinuncia da parte dell’apparato statale all’esercizio dello *jus puniendi* farebbe sì che la gestione del conflitto di cui è espressione il reato fosse nuovamente confinata in quella dimensione “privatistica” ed “intrafamiliare” da cui era faticosamente uscita<sup>15</sup>.

## **5. Il dovere del giudice di prendere in considerazione la volontà della vittima in sede di commisurazione della pena...**

---

<sup>13</sup> Sulla nozione di reati c.d. culturalmente condizionati, v. tra le opere monografiche e con diversità di accenti, F.BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; A.BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010. Un’interessante analisi delle tre monografie adesso richiamate è contenuta nello scritto di C.GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, pubblicato su *questa rivista*.

<sup>14</sup> Analogamente G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all’indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, 204 ss.

<sup>15</sup> S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Milano, 2004, 137.

La pronuncia della Corte, seppur condivisibile per le conclusioni cui approda, non è del tutto convincente nella parte in cui omette di affrontare alcune problematiche pure adombrate dal giudice rimettente nella ordinanza di rinvio ed esplicitamente esaminate dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni.

La Corte, infatti, mentre afferma recisamente che dal diritto di essere sentiti previsto dall'art. 3 della decisione quadro non può derivare che l'irrogazione della pena venga messa nelle mani della vittima, nulla dice circa il dovere del giudice di prendere comunque in considerazione la volontà della persona offesa in sede di determinazione in concreto della pena. In particolare, la Corte, pur richiamando la propria giurisprudenza precedente, secondo cui alla vittima deve essere in ogni caso riconosciuto quantomeno il diritto a rendere una deposizione nel procedimento penale, che deve poter essere considerata quale elemento di prova<sup>16</sup>, omette di pronunciarsi sugli effetti di tale deposizione in sede di determinazione della pena da parte del giudice.

Sul punto si era tuttavia pronunciato a chiare lettere l'Avvocato generale Kokott. Nelle proprie conclusioni, infatti, l'Avvocato generale aveva affermato che in forza dell'art. 3 n. 1 della decisione quadro gli Stati membri sarebbero obbligati a consentire alla vittima di esprimere il proprio punto di vista in merito all'irrogazione di una pena nei confronti dell'autore del reato con cui la vittima intrattenga una relazione familiare o affettiva profonda; conseguentemente, il giudice, in sede di commisurazione della pena all'*interno della cornice edittale* prevista dal legislatore, sarebbe tenuto a prendere in considerazione la volontà della vittima, pur non essendo in alcun modo vincolato dalle valutazioni espresse da quest'ultima e potendosene comunque discostare<sup>17</sup>.

L'opinione espressa dall'Avvocato generale pare pienamente condivisibile.

Tale soluzione ermeneutica, nel momento in cui riconduce gli effetti della volontà espressa dalla vittima del reato al procedimento di commisurazione della pena da parte del giudice, riesce infatti a conciliare l'effettività del diritto della vittima a partecipare al procedimento con il principio di legalità penale e con le istanze democratiche a questo sottese.

Inoltre, posto che la volontà espressa dalla vittima non potrebbe giustificare l'irrogazione di una sanzione inferiore al minimo edittale né potrebbe vincolare il

---

<sup>16</sup> La Corte di giustizia nella sentenza 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 58, richiamando la sentenza 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *Katz*, punto 47 afferma che "a pena di svuotare di gran parte del suo effetto utile l'art. 3, primo comma, della decisione quadro e disattendere gli obblighi enunciati dall'art. 2, n. 1, della medesima, dette disposizioni devono implicare in ogni caso che la vittima possa rendere una deposizione nel procedimento penale e che tale deposizione possa essere considerata quale elemento di prova".

<sup>17</sup> V. conclusioni generali dell'avv. Kokott relative alle cause C-483/09 e C-1/10, punti 49 e 50.

giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, ne esce rafforzato il principio secondo cui la pena non è nella libera disponibilità della persona offesa ma deve essere determinata dal giudice alla luce degli elementi del caso concreto, fra cui rientra anche, ma non esclusivamente, la posizione della vittima del reato.

Infine, tale soluzione valorizza il ruolo del giudice, che è chiamato a valutare in concreto i tanti interessi sottesi alla norma che è chiamato ad applicare, tenendo in considerazione le molteplici esigenze del reo, della vittima e della collettività in ciascun singolo caso; per tale via, si apre la porta ad una regolamentazione di tipo elastico, frutto anche di una valutazione di tipo prudenziale ed equitativo, capace di adeguare la risposta dell'ordinamento alle insopprimibili peculiarità del caso concreto<sup>18</sup>.

## **6. ...soprattutto nelle ipotesi di maltrattamenti in famiglia e reati simili.**

Con particolare riguardo alla irrogazione di pene accessorie del tipo di quelle previste dall'ordinamento spagnolo per le ipotesi di maltrattamenti in famiglia, la necessità di sentire la vittima in merito ai concreti rischi di reiterazione del reato acquista una valenza quasi necessaria. Considerato infatti che la pena accessoria in discorso ha contenuto interdittivo e valenza chiaramente specialpreventiva, laddove il giudice non prendesse in considerazione – nei limiti adesso indicati – le opinioni espresse dalla vittima in merito al rischio di reiterazione del reato, finirebbe immancabilmente per irrogare una pena non necessaria e quindi, in ultima analisi, sproporzionata<sup>19</sup>.

Quanto poi al procedimento di valutazione che dovrebbe essere seguito dal giudice al fine di stabilire l'attualità e la gravità di esigenze specialpreventive, esso è stato chiaramente delineato dal Tribunale spagnolo. In particolare, il giudice, da un lato, deve valutare, alla luce degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria e considerata la natura "ciclica" di questo tipo di violenze, il concreto rischio di reiterazione del reato; dall'altro, deve stabilire se l'opinione espressa dalla vittima che chiede la non irrogazione della pena accessoria – o la sua irrogazione nel minimo edittale, laddove la pena abbia applicazione obbligatoria – non costituisca in realtà il frutto di una sua perdurante sottomissione all'autore dei maltrattamenti. Fermo restando che, per quanto concerne questa seconda valutazione, trattandosi di accertare l'esistenza di "un livello di competenza personale, sociale, culturale ed emotiva della persona offesa tale da escludere la sottomissione all'aggressore" (così, testualmente, il

---

<sup>18</sup> Sul punto, ancorché con particolare riferimento al ruolo della giurisdizione nella punizione dei reati c.d. culturalmente motivati, v. B. PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 3034 ss.

<sup>19</sup> Sui principi di proporzionalità e necessità in ambito europeo, v. da ultimo C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, su *questa rivista*.

Tribunale spagnolo nell'ordinanza di rimessione), si tratterebbe di una valutazione quanto mai difficile, costantemente in bilico tra la salvaguardia e la valorizzazione delle individualità del singolo e l'affermazione di valori condivisi dalla società.

## **7. La discrezionalità degli Stati nella determinazione dei reati suscettibili di mediazione.**

Per quanto poi concerne il ricorso alla mediazione, la Corte ha buon gioco nel ribadire la propria precedente giurisprudenza, affermando che, da un lato, l'art. 34 del Trattato UE fa salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi per conseguire il risultato voluto; dall'altro, l'art. 10, n. 1 della decisione quadro 2001/220 si limita ad imporre agli Stati membri di provvedere a promuovere la mediazione per i reati che essi ritengano idonei, cosicché la scelta dei reati per i quali è possibile la mediazione rientra nella valutazione degli Stati membri stessi<sup>20</sup>.

Tale discrezionalità degli Stati membri può essere limitata solamente dall'obbligo di applicare criteri oggettivi ai fini della determinazione dei tipi di reati per i quali la mediazione sia ritenuta inadeguata<sup>21</sup>. E poiché nessun elemento consente di ritenere che l'esclusione della mediazione prevista dalla legge spagnola 6/1985 si fondi su criteri privi di oggettività, la Corte nel caso in esame esclude un contrasto tra la normativa spagnola e la fonte sovranazionale.

La Corte, dunque, non chiarisce quando i criteri alla cui stregua gli Stati selezionano i reati "idonei" ai fini della mediazione penale possano dirsi "oggettivi" e quindi conformi all'ordinamento dell'UE.

Considerato che la decisione quadro fa un espresso riferimento al parametro della "idoneità" nella scelta dei reati suscettibili di mediazione, l'unico vincolo imposto agli Stati pare consistere in un obbligo di corrispondenza di forme allo scopo; con la conseguenza ulteriore che gli stessi criteri che devono presiedere alla individuazione dei reati da parte dei legislatori nazionali finiscono per dipendere dagli obiettivi che i singoli ordinamenti attribuiscono alle procedure di mediazione.

In ogni caso, ad oggi non è chiaro se gli Stati siano obbligati a disciplinare il ricorso alla mediazione penale distinguendo a seconda del bene giuridico leso dal fatto criminoso e quindi degli elementi costitutivi del reato o se, invece, anche una distinzione basata sulla persona offesa possa dirsi un "criterio oggettivo". La questione non pare di poco momento, se si considera che, laddove uno Stato escludesse il ricorso

---

<sup>20</sup> Corte giust., sentenza 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 72. Nello stesso senso si era espressa la Corte nella sentenza 21 ottobre 2010, *Eredics e Sági*, causa C-205/09, para 37.

<sup>21</sup> Corte giust., 15 settembre 2011, *Gueye e Sánchez*, cit., para 72.

alla giustizia riparativa in ragione delle particolari qualità della persona offesa o dei rapporti intercorrenti tra vittima ed autore del fatto criminoso, fattispecie come le lesioni potrebbero o meno essere soggette alla procedura di mediazione a seconda che siano poste in essere in danno di estranei o di familiari. In questa prospettiva, la scelta legislativa rischia di porsi in tensione con il principio di parità di trattamento<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Questa perplessità è stata manifestata anche dall'Avvocato generale Kokott in sede di conclusioni relative alla causa C-205/09, *Eredics e Sápi*, punto 39: "Siffatto criterio dell'idoneità rimette agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei delitti per i quali prevedere una mediazione. Ci si potrebbe, tuttavia, chiedere se il principio di parità di trattamento previsto dal diritto dell'Unione, che gli Stati membri devono rispettare in sede di trasposizione della decisione quadro, imponga loro, qualora prevedano la mediazione per determinati delitti, di introdurla in modo uniforme per tutti i delitti dello stesso tipo. In caso contrario potrebbe determinarsi una disparità di trattamento delle persone che sono state vittime di delitti sostanzialmente dello stesso tipo. La vittima di un determinato reato avrebbe la possibilità di ricorrere alla mediazione, mentre per la vittima di un reato sostanzialmente dello stesso tipo tale mediazione non sarebbe prevista. Occorrerebbe altresì verificare a tal proposito se una siffatta disparità di trattamento possa ritenersi giustificata ad esempio in una logica di prevenzione dei reati".