

ORIENTAMENTI

SYLVA D'AMATO

La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale

Il contributo riguarda la recente affermazione della giustizia riparativa anche nel sistema penale italiano. Inizialmente recepita nel sistema penale minorile per consentire una rapida estronazione del minore dal circuito penale ed agevolarne il processo educativo, la giustizia riparativa si è progressivamente affermata anche nel sistema penale ordinario. Si pone pertanto il problema di stabilire se gli istituti di recente introduzione, come la sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis* ss.c.p.) e l'estinzione del reato per condotte riparatorie (art.162-*ter* c.p.) possano effettivamente considerarsi rispondenti ai principi fondamentali riconosciuti in ambito internazionale in tema di giustizia riparativa o non siano piuttosto funzionali al perseguimento di mere finalità di deflazione del carico giudiziario.

This paper deals with the most recent development and implementation of restorative justice in the Italian criminal law system. The juvenile criminal law system was the first to provide a restorative programme to pursue trial diversion and social rehabilitation. Progressively, it has also taken hold in the criminal law system for adults. The aim of the paper is to examine whether the recently introduced institutions such as 'probation for adult offenders' (art. 168-bis ss.c.p.) and 'extinction of the criminal offence for restorative conduct' (art.162-ter c.p.) could actually be considered as restorative process in accordance with international basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters or if they are just functional to the minor aim of a 'judiciary deflation' i.e. to reduce the number and the duration of criminal trials.

SOMMARIO: 1. La crisi del *Welfare State* e l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti. - 2. Principi, strumenti e tecniche dei modelli di *restorative Justice*. - 2.1. La mediazione penale: nozione, metodo e fasi del procedimento. - 3. Gli spazi normativi 'interstiziali' per gli interventi di giustizia riparativa. La riforma 'Orlando' e l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche contro la volontà della persona offesa: un'altra occasione persa. - 4. La giustizia riparativa e la pena come integrazione sociale. La mediazione penale come strumento di politica criminale. - 5. La mediazione e il processo penale. - 6. La giustizia riparativa e il paradosso relazionale nel diritto penale contemporaneo.

1. La crisi del *Welfare State* e l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti.

La progressiva affermazione anche nel nostro ordinamento giuridico di mezzi e tecniche della giustizia riparativa¹ e, in particolare, della mediazione penale²,

¹ La bibliografia in argomento è divenuta ormai vastissima. Cfr. per tutti COLAMUSSI, MESTITZ, *Giustizia riparativa*, in *Dig. Pen.*, V agg., Torino, 2010, 423 ss.; MANNOZZI, LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; MANNOZZI, LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

² Anche sulla mediazione penale la bibliografia è ormai vastissima. Cfr. spec. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione* (1998), trad.it., Milano, 2000; PISAPIA G., ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova 1997; PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998;

se, per un verso, sembra seguire l'evoluzione delle politiche criminali degli ultimi anni, per un altro, è vista come la conseguenza della necessità, sempre più avvertita, di cercare modelli alternativi di giustizia utili a fronteggiare la crisi, in termini di legittimazione, efficienza e razionalità dell'intero sistema del controllo penale.

Quanto al primo aspetto, ci si riferisce alla graduale evoluzione, a partire dagli anni Settanta, delle politiche criminali tendenti all'affermazione di un diritto penale orientato all'integrazione sociale e caratterizzato dal progressivo spostamento da un modello meramente retributivo-repressivo ad uno ispirato ai principi della prevenzione, dell'inserimento sociale e della individualizzazione delle misure punitive³.

Quanto al secondo aspetto, l'affermazione di modelli alternativi di giustizia, ed in particolare di modelli consensuali di gestione dei conflitti penalmente rilevanti, viene da più parti vista come una delle conseguenze principali del mutamento degli scenari socio-politico-istituzionali derivanti dalla crisi dei meccanismi di regolazione sociale⁴ e, più in generale, dell'intero sistema di *Welfare State*⁵. Tale crisi, che si presenta particolarmente evidente nelle ca-

SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, 1998; PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e Teoria delle mediazioni*, Padova, 2000; MAGNO e altri, *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive. Atti del Seminario di Studi a cura dell'Ufficio centrale Giustizia minorile*, Milano, 1999; MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003. V. anche i contributi di MOSCONI, FAGET, HULSMAN, FIORIO, CIARDIELLO, VIANELLO, SCATOLERO, MONTELEONE, BOUCHARD, raccolti nel dossier *Mediare, non punire*, in *Antigone*, 2008, III, 2, 11-127. Inoltre, su mediazione, 'giustizia di transizione' e diritto internazionale penale, cfr. PALAZZO, BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 57 ss.; FIANDACA, VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare*, Torino, 2009.

³ Cfr., per tutti, EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 93 ss.; ID., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1989; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 239 ss. e 362 ss. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, 222 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., 403 ss.; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.

⁴ Cfr., per tutti, BONAFÉ SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in PISAPIA G., ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 21 ss.

⁵ SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale*, cit., 2 ss.; SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1997, 1-2, 10; CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il tribunale per i minorenni di Milano* in PISAPIA G., ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 86 ss.; MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in PISAPIA G. (a cura di) *Prassi e Teoria delle mediazioni*, 3 ss. Sulle ripercussioni della crisi dello Stato sociale in rapporto alle tendenze della politica criminale in Italia, cfr. BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol.dir.*, 1982, 1, 65 ss. Per una lucida ed attenta analisi della crisi attuale dei valori alla base dello Stato sociale di diritto nelle democrazie

renze funzionali di taluni settori istituzionali - in primo luogo il settore dell'amministrazione della giustizia - sarebbe uno dei motivi principali dell'affermazione e del successo dei nuovi strumenti di 'controllo informale'⁶. Tra questi, in particolare, un ruolo di primo piano viene assegnato al 'recupero' delle pratiche di mediazione (familiare, scolastica, culturale, sociale, penale, etc.)⁷. Sul punto, infatti, la dottrina ha osservato che «uno dei possibili motivi di interesse per le pratiche di mediazione (penale e non) deriva dal fatto che una delle grandi promesse della *modernità* - quella di risolvere il problema sociale della violenza, di interrompere il circuito di distruzione, quale conseguenza dell'instaurarsi di *diritto* e *sovranità* - non è stata mantenuta. In altre parole, la razionalizzazione del mondo, a partire dalla ragione illuministica, non ha prodotto la scomparsa della violenza, ma viceversa, la sua incorporazione nei sistemi del *diritto* e della *politica*. Ed è proprio l'assunzione del monopolio della funzione disciplinare da parte del sistema della giustizia penale a evidenziare oggi i suoi limiti: questo modo di governare la violenza non produce più *ordine sociale*»⁸.

La crisi del sistema di composizione sociale dei conflitti, quindi, è vista in stretta relazione con il processo di affermazione e declino del *Welfare State*: i mutamenti di ruolo e di funzioni delle strutture sociali intermedie - in passato luoghi privilegiati di sviluppo della socialità, ma anche di 'regolazione' dei conflitti⁹ - fa sì che tali strutture risultino oggi indebolite, anche per effetto dell'intervento di uno Stato assistenziale che in un primo momento si è appropriato delle loro funzioni ed in seguito si è progressivamente ritirato, lasciando dei 'vuoti' che oggi offrono spazio alla nascita di tensioni e conflitti¹⁰. Tale situazione di crisi generalizzata coinvolge, inevitabilmente, anche il sistema giuridico-penale: la richiesta di intervento del diritto diventa infatti

occidentali, cfr. per tutti, HABERMAS, *Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in *L'inclusione dell'altro. Saggi di teoria politica*, Milano, 2008, 117 ss.

⁶ PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e Teoria della mediazione*, cit., VII.

⁷ Sulla mediazione scolastica, cfr. i contributi di BONAFÈ SCHMITT, *La mediazione scolastica, un processo educativo?*; MASTERS, *I conflitti e la mediazione nelle scuole in Giappone*; BALDRY, *Bullismo a scuola e mediazione tra pari*, in PISAPIA G., ANTONUCCI, (a cura di) *La sfida della mediazione*, cit., 113 ss., 133 ss., 147 ss.

⁸ CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 86 s. (Il corsivo è dell'Autore).

⁹ BONAFÈ SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 23, evidenzia come in passato un grande numero di conflitti era regolato nelle famiglie, nel quartiere, nell'azienda o grazie all'intervento di autorità morali; oggi i fenomeni di urbanizzazione, industrializzazione, mobilità sociale, immigrazione ed i diversi mutamenti socio-economici hanno determinato la crisi di questi luoghi e strutture di socializzazione e regolazione dei conflitti.

¹⁰ L'analisi è di CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 21 ss.

sempre maggiore, determinando tanto la ‘polverizzazione’ quanto l’inflazione dell’intervento legislativo. Da ciò consegue, tra le altre cose, l’attribuzione al potere giudiziario di nuovi ruoli, con gravi rischi di tenuta delle garanzie dell’intero sistema: il momento produttivo del diritto, per rispondere alle nuove esigenze di tutela, si sposta infatti dal momento legislativo a quello della pronuncia sul conflitto, sia essa resa dal magistrato o da altre figure ‘informali’¹¹.

In tale contesto socio-istituzionale, il sistema penale, chiamato a rispondere ad una sempre maggiore domanda di ‘giustizia’ e di difesa di beni, si espande all’inverosimile e finisce per rendere la sanzione tendenzialmente inefficace ed intempestiva, anche per effetto di una notevole ‘cifra oscura’ dei reati, che ne mina ulteriormente l’efficacia preventiva¹². Al contempo, l’emergere di comportamenti e condotte capaci di suscitare allarme sociale, non adeguatamente filtrati dagli strumenti del controllo primario¹³, provoca un’ulteriore esigenza di ampliamento ed inasprimento dell’intervento penale che contribuisce ad aggravare la situazione¹⁴.

Su queste distonie del sistema sembra fondarsi, infatti, non solo la perdita di credibilità ed efficacia del controllo penale, ma anche il senso di impotenza delle vittime ed il diffuso e generalizzato sentimento di insicurezza individuale e collettivo, spesso utilizzato per promuovere politiche criminali - di frequente supportate da vere e proprie campagne mediatiche¹⁵ - caratterizzate da interventi in funzione simbolico-repressiva, in una spirale perversa che contribuisce all’ulteriore caduta in termini di garanzie, efficacia e credibilità del sistema penale¹⁶. A tale situazione deve attribuirsi anche il crescente emergere della vittimologia come autonomo campo di conoscenza¹⁷, rispondente all’esigenza,

¹¹ MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 5, si riferisce al difensore civico, allo stesso mediatore e alle altre strutture informali di produzione del diritto, come le *boutiques du droit* o le *Maisons de justice* francesi.

¹² Sul punto, FORTI, *L’immane concretezza*, Milano, 2000, 64, 128 e 404 ss.; ID., *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., 53 ss.

¹³ Sul punto, cfr. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 106 ss.

¹⁴ CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il tribunale per i minorenni* di Milano, cit., 90.

¹⁵ SCHIAFFO, *Le ragioni minime della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Critica del diritto*, 2010, 1-3, 127 ss.

¹⁶ Sul punto, cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997.

¹⁷ BANDINI, *Vittimologia*, in *Enc.dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1008 ss. Sulla ‘scoperta’ della vittima in criminologia, v. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 252 ss. e l’ampia bibliografia ivi citata. In argomento, ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 9, osserva: «L’interesse per la vittima, fino ad oggi scarsamente considerata dal diritto penale, ha conosciuto nel dibattito

da più parti affermata, di riconoscere alla vittima un ruolo determinante e non più marginale nell'analisi della vicenda penale¹⁸.

Date tali premesse, è comprensibile che l'affermazione di modelli alternativi di giustizia sia vista da taluni come una via d'uscita¹⁹. Il contesto nel quale il paradigma riparativo si afferma e si diffonde, infatti, consente di comprendere l'entusiasmo che esso suscita, agevolmente riconducibile sia ad esigenze garantistiche (la giustizia riparativa come mezzo di tutela dei diritti delle vittime e strumento di responsabilizzazione, in prospettiva risocializzante, degli autori di reato), sia a ragioni politiche (la giustizia riparativa come mezzo per fronteggiare il senso di insicurezza collettivo), sia a ragioni pratiche (la giustizia riparativa come mezzo per rimediare, almeno in parte, alle disfunzioni giudiziarie in relazione ai costi, ai tempi, alla flessibilità e all'attitudine deflattiva)²⁰.

Al tempo stesso - e al di là delle considerazioni che l'analisi delle ragioni storiche, sociali o contingenti dell'affermazione del modello di giustizia riparativa possono suscitare - va dato rilievo anche alle perplessità di chi mette in guardia da facili entusiasmi, idealizzazioni²¹ o strumentalizzazioni²²: sarebbe pura illusione, infatti, pensare che l'introduzione di tecniche consensuali di regolamentazione di conflitti possa, da sola, costituire una risposta efficace alle

degli ultimi anni una rinascita senza confronto. Le ragioni sono molteplici: la forza esemplare del movimento che in America si batte a favore del risarcimento, la delusione per gli scarsi risultati ottenuti in sede di trattamento risocializzante degli agenti di reato e soprattutto l'ascesa della vittimologia a ramo scientifico autonomo. A ciò si aggiunge - anche volendo escludere ogni questione teorica - la crescente consapevolezza dell'ingiustizia sociale di un sistema punitivo che trascuri del tutto gli interessi della vittima». Con specifico riferimento al ruolo della vittima nel *restorative paradigm*, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 46 ss.; PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995; SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 11.

¹⁸ ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind.pen.*, 1989, 5 ss.; DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc.dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.; ID., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in FIANDACA, VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare*, cit., 107 ss.

¹⁹ MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 7.

²⁰ VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e Teoria della mediazione*, cit., 140 s.

²¹ CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 57 rileva che è importante «pensare alla mediazione non come a una modalità capace di attivare 'speranze messianiche di cambiamento e redenzione', non come a una o, peggio, la soluzione a quei problemi che la giustizia ordinaria non ha saputo e non sa risolvere, ma semplicemente come a una modalità cognitivamente più aperta e disponibile rispetto a quella che conduce alla sanzione penale - a passare dal momento distruttivo a quello curativo, ad accogliere il *disordine* che le società odierne esprimono. L'invito è di dare vita a progetti (sia nel mondo della giustizia penale che in campo sociale) capaci di confrontarsi concretamente con questi concetti». (Il corsivo è dell'Autore).

²² Evidenzia il rischio che la mediazione penale si inserisca in una politica penale in cui l'orientamento alla vittima produce un ripiegamento su posizioni conservatrici e rischia di legittimare un intervento penale simbolico-repressivo, MESSNER, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 3, 103 ss.

disfunzioni del sistema giudiziario²³; così come, d'altronde, sarebbe piuttosto semplicistico e riduttivo imputare la crisi della giustizia penale a mere inefficienze organizzative. Al tempo stesso, fondare l'interesse che gli strumenti di giustizia riparativa suscitano esclusivamente sulla loro capacità di arginare o fronteggiare almeno in parte le disfunzioni del sistema penale, significherebbe sottovalutarne le enormi e forse ancora non ben definite potenzialità²⁴.

A fronte di tali premesse, appare necessario verificare se e come gli strumenti della giustizia riparativa - ed in particolare la mediazione penale - possano trovare collocazione nel sistema in modo coerente con le più recenti tendenze evolutive sulla funzione preventiva della pena e con l'orientamento verso un diritto penale minimo. Teoria e prassi della giustizia riparativa, infatti, si presentano come strettamente contigue alle istanze di riforma del diritto penale in termini di *extrema ratio*²⁵, dal momento che il perseguimento degli obiettivi del diritto penale minimo può risultare agevolato dall'introduzione di tecniche stragiudiziali di risoluzione dei conflitti che, poste a monte dell'intervento penale, ne favoriscano la massima contrazione²⁶.

In tale contesto, non sorprende che il dibattito attuale sulla *restorative justice* e, in particolare, sulla mediazione penale, si presenti particolarmente vivace, ricco di contributi teorici, ricerche metodologiche e sperimentazione di tecniche operative. Tale situazione appare come la conseguenza della diffusione sul piano pratico-applicativo, prima ancora che teorico, che gli strumenti della giustizia riparativa hanno incontrato all'interno di alcuni ordinamenti, dapprima nel settore della giustizia penale minorile e poi, progressivamente, anche nel settore della giustizia penale ordinaria. Come spesso accade quando la prassi anticipa la teoria²⁷, infatti, la rapida diffusione di istanze, metodi e tecniche, ancora in fase di sperimentazione, ha indotto già da tempo gli stessi operatori e gli studiosi più attenti ad affrontare le numerose questioni di carat-

²³ BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 2, 193.

²⁴ Così, CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 19 s.

²⁵ BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, 443 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 80 ss. e 325 ss.

²⁶ VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità ed formalizzazione*, cit., 130 s.; MOCCIA, *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, in *Crit. dir.*, 2004, 4, 345.

²⁷ Analogamente, istanze di tutela dei diritti umani hanno portato all'affermazione di un sistema di giustizia penale sovranazionale. In tale situazione, la prassi ha anticipato la teoria, per cui dapprima si è fatta la 'storia' dei Tribunali penali internazionali, per poi cercarne fondamento giuridico e legittimazione, al fine di elaborare i principi di un sistema penale internazionale. Sul punto, sia consentito il rinvio a D'AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dello Statuto di Roma e il problema dell'adeguamento interno*, Napoli, 2013.

tere teorico e pratico-applicativo che ne derivano, anche nella prospettiva di un intervento legislativo in materia.

Ebbene, posta la diversità di obiettivi, metodologie e tecniche dei due sistemi, di giustizia penale e di giustizia riparativa, si pone il problema di stabilire se il recepimento di tali strumenti e tecniche rischi di introdurre elementi di 'incoerenza' nelle strutture formali del sistema di giustizia penale o, piuttosto, non si possa configurare come un'occasione di ampliamento della 'cassetta degli attrezzi' a disposizione del complesso sistema di prevenzione dei reati²⁸. Va detto, peraltro, che sin dal primo esperimento di mediazione - tradizionalmente individuato in un programma di riconciliazione vittima/autore avviato in Ontario, in occasione di alcuni atti di vandalismo commessi da due giovani ubriachi²⁹ - sono subito emersi i numerosi aspetti problematici, in gran parte derivanti appunto dall'incontro di pratiche informali con le forme e le strutture rigide del diritto³⁰. Si pone, quindi, non solo il problema di verificare quale ruolo e spazio possa essere attribuito nel nostro ordinamento ai mezzi e alle tecniche della giustizia riparativa ma, ancor prima, quello di verificare se sia possibile rinvenire una base di legittimazione teorico-giuridica che consenta di ricondurli 'a sistema', principalmente in termini di compatibilità e coerenza con i principi costituzionali in tema di funzione della pena e di garanzie individuali di diritto penale, sostanziale e processuale³¹. Si tratta, in sintesi, di verificare in che modo il *restorative paradigm* - nei termini in cui mira a proporsi come modello realmente alternativo e produttivo di un 'nuovo ordine sociale'³² - sia compatibile con i fini attribuiti alla sanzione penale e in che termini possa ad esso attribuirsi il ruolo di valido strumento di politica criminale, in senso coerente con le istanze del diritto penale minimo.

La risposta a tale interrogativo non ha mero rilievo teorico; al contrario, essa potrebbe avere notevoli effetti pratici, dal momento che - stante la sempre maggiore attenzione rivolta alla *restorative justice* - solo una legittimazione nell'ambito della teoria della pena può aprire agli strumenti della giustizia ri-

²⁸ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit. 100 ss. e 114 s.

²⁹ SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale*, cit., 75.

³⁰ VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, cit., 132; CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in MAGNO e altri, *La mediazione penale in ambito minorile: Applicazioni e Prospettive*, cit., 71

³¹ Sul punto, MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in FERRARA, PUCCIARELLI, TROISI (a cura di), *Mediazioni, conflitti e società complesse. Atti del convegno internazionale*, Avellino, 2006, 47 s.; ID., *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, cit., 347 ss.; BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, cit., 200.

³² PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 7 ss.

parativa la strada per un efficace e legittimo accoglimento nel nostro sistema giuridico-penale.

2. Principi, strumenti e tecniche dei modelli di *restorative justice*.

Il processo di affermazione e diffusione dei modelli di *restorative justice*, inclusi i programmi di mediazione penale, si è messo in moto a partire dagli anni '50 del secolo scorso, anche se è solo dai primi anni '80 che la giustizia riparativa ha iniziato a trovare spazi di affermazione sempre più ampi, come risorsa emergente nell'ambito del sistema di amministrazione della giustizia penale soprattutto nei Paesi del Nord America e dell'Europa continentale³³. Nel tempo, l'opportunità di introdurre e promuovere strumenti non giudiziari di soluzione del conflitto penalmente rilevante è stata progressivamente oggetto di esplicito riconoscimento anche da parte di organismi internazionali quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) ed il Consiglio d'Europa. L'art. 11 delle Regole Minime per l'Amministrazione della Giustizia Minorile adottate dall'Assemblea Generale dell'ONU a Pechino nel 1985³⁴, ad esempio, auspica in favore del minore il ricorso alla *diversion* processuale, ammissibile in ogni stato e grado del procedimento, al fine di evitare e/o ridurre le conseguenze negative dello stigma, mediante ricorso a strumenti consensuali alternativi al processo³⁵, mentre in molti altri documenti, anche in ambito europeo, si fa espresso riferimento a procedure conciliative, pratiche di *mediation/diversion*, al diritto della vittima alla riparazione³⁶.

Rinvenire una definizione univoca del concetto di 'giustizia riparativa', com'è noto, appare tutt'altro che agevole, per le difficoltà dovute al carattere informale della stessa e, quindi, alle molteplici e differenti prassi e tecniche adotta-

³³ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 23 ss., 159 ss.

³⁴ A/Res/40/33. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* ("The Beijing Rules"), in www.un.org.

³⁵ Art.11 Res/40/33. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*.

³⁶ *Recommendation R(99)19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la Médiation en matière pénale*, in www.coe.int; *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000) in www.un.org; Dichiarazione di Vienna del X Congresso internazionale ONU, *Crime Prevention and Criminal Justice*, 10-17 aprile 2000, UN/A/CONF.187/15, in www.un.org, par. 115-138, 20 ss.; Consiglio d'Europa (2006), *Recommendation R.(2006)8 of the Committee of Ministers to Member States on assistance to crime victims*, in www.coe.int, par.13; Consiglio d'Europa (1999), *Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in eur-lex.europa.eu, par. 46, 315/62, 66 e art.12, 315/69. In argomento, v. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, cit., 110 ss.

te nei diversi ordinamenti giuridici³⁷. In linea di massima, può dirsi che il *restorative paradigm* propone un modello nel quale la vittima, l'autore e/o la comunità di appartenenza³⁸ ricercano, con modalità consensuali, soluzioni ad un conflitto che le oppone, dirette alla 'restituzione', alla riconciliazione, alla riparazione del danno, al ristabilimento della pace e dell'ordine sociale, mediante processi e tecniche che vedono diversi gradi di coinvolgimento della vittima, quali la mediazione vittima/autore, i *family group conferencing*, i *sentencing circles*, i programmi di riparazione e restituzione, il *Community Service* (lavoro non retribuito a favore della comunità)³⁹, solitamente per il tramite di un 'facilitatore', in posizione neutra ed imparziale. Sul punto, il par. I.3 della risoluzione 2000/14 del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, in tema di principi fondamentali sull'impiego di programmi di giustizia riparativa in materia penale, stabilisce che per '*restorative process*' è da intendersi «*any process in which the victim, the offender and/or any other individuals or community members affected by a crime actively participate together in the resolution of matters arising from the crime, often with the help of a fair and impartial third party. Examples of restorative process include mediation, conferencing and sentencing circles*»⁴⁰. Tale documento riveste particolare interesse nella parte in cui indica agli Stati membri linee-guida, principi, garanzie e modalità tecnico-operative che dovrebbero caratterizzare i programmi di giustizia riparativa, in particolare con riguardo alla necessità di assicurare: a) la possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa in ogni fase del procedimento penale; b) l'accesso ai programmi riparativi solo in base ad un consenso libero e consapevole di tutte le parti coinvolte; c) il carattere consensuale degli accordi riparativi, che dovrebbero prevedere solo obbligazioni 'ragionevoli' e proporzionate; d) l'espressa esclusione della possibilità di considerare la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa come ammissione di colpevolezza, anche implicita, in un procedimento penale; e) il carattere confidenziale di dialoghi, discussioni e conversazioni svolte nel corso dei programmi di giustizia riparativa/mediazione, con espresso divieto di divulgazione, salvo consenso delle parti; f) la preclusione di ulteriori

³⁷ Sul problema definitorio, v. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 43 ss.; MANNOZZI, LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 89 ss.

³⁸ Si parla, al riguardo, anche di 'giustizia di prossimità'; sul punto, cfr. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 3, 5 ss.

³⁹ Per una compiuta esposizione su tecniche e strumenti della giustizia riparativa, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 125 ss.; MANNOZZI, LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 217 ss.

⁴⁰ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000).

procedimenti relativi al medesimo fatto su cui vi sia stata pronuncia giudiziale favorevole fondata sull'accordo conseguente a programmi di giustizia riparativa (*ne bis in idem*); g) la previsione che, in caso di esito negativo, il mancato raggiungimento di un accordo o l'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte all'esito del programma di giustizia riparativa non comportino un trattamento penale più severo per l'autore all'esito del procedimento penale. Particolare attenzione, poi, è dedicata ai 'facilitatori' dei programmi di giustizia riparativa, i quali, si raccomanda, dovrebbero provenire da tutti i settori della società; avere una buona conoscenza della cultura locale e della comunità; possedere capacità relazionali adeguate allo svolgimento di programmi riparativi; svolgere le loro funzioni in posizione di imparzialità ed equidistanza; assicurare il rispetto reciproco delle parti; creare un ambiente sicuro e appropriato al programma di giustizia riparativa; tener presenti le situazioni di vulnerabilità individuale; ricevere una formazione adeguata in ordine a: gestione e risoluzione dei conflitti, considerazione dei bisogni della vittima e dell'autore, conoscenza del sistema di giustizia penale e dei programmi di giustizia riparativa.

Il documento ONU, inoltre, raccomanda agli Stati membri - anche in vista dell'elaborazione di linee guida e *standard* comuni - di promuovere attività di sperimentazione, ricerca e analisi empirica sui programmi di giustizia riparativa, allo scopo di verificare se si tratta di una valida alternativa al processo penale capace di produrre effetti positivi per tutti i soggetti coinvolti, nonché di valutare modalità di inserimento degli stessi nel sistema di giustizia penale in vista di un futuro ampliamento dell'ammissibilità dei programmi di giustizia riparativa⁴¹.

Il modello di *restorative justice*, quindi, si fonda essenzialmente su taluni principi innovativi corrispondenti ad altrettanti obiettivi ideali, quali: a) la riappropriazione di spazi da parte della vittima e dell'autore; b) la rivalutazione del ruolo della vittima e delle sue istanze; c) la responsabilizzazione dell'autore mediante l'assunzione di impegni in funzione riconciliativa e/o riparativa; d) la riparazione del danno come strumento attraverso il quale superare le tradizionali concezioni della pena; e) il recupero della prospettiva comunicativo-relazionale del reato; f) la promozione di una gestione pacifica dei conflitti in vista della (ri)costruzione dei legami sociali lesi dalla commis-

⁴¹ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000). Sul punto, v. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in PICOTTI, SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, 100 ss.

sione dell'illecito⁴².

Per quanto finora evidenziato, risulta chiaro, quindi, che il modello di giustizia riparativa (detta anche ristorativa o restitutiva)⁴³ presenta molteplici modalità di attuazione⁴⁴, aventi tutte uno scopo comune: superare la logica sanzionatoria sottesa ai modelli retributivi e di mera prevenzione generale e/o speciale, incentrandosi su un processo a tappe intermedie di attenzione alla vittima e di responsabilizzazione dell'autore mediante riparazione (non già mero risarcimento) del danno cagionato col reato⁴⁵. Tra queste modalità attuative, particolare interesse hanno suscitato, nel tempo, le pratiche di mediazione, le quali si differenziano dagli altri strumenti riparativi per il carattere precipuo dell'incontro diretto vittima/autore, finalizzato, come tutti gli altri strumenti riparativi, non tanto e non solo al risarcimento economico-materiale, quanto soprattutto alla valorizzazione degli aspetti comunicativo-relazionali tra i soggetti in conflitto e, quindi, alla ricostruzione dei legami sociali recisi dal reato⁴⁶.

2.1. La mediazione penale: nozione, metodi e fasi del procedimento.

La mediazione penale, quale espressione di un 'modello consensuale di risoluzione dei conflitti', presenta connotati peculiari e forme eterogenee a seconda degli ambiti applicativi, delle modalità e delle tecniche operative; in tal senso, si è osservato, essa è «un fenomeno plurale che difficilmente si presta a una rigorosa ed univoca definizione»⁴⁷. Con il termine 'mediazione' - dal latino *mediare*, stare nel mezzo - si intende, letteralmente, una attività di interposizione tra più parti ovvero l'«azione svolta da terzi per il raggiungimento di un incontro e di un accordo»⁴⁸ o, più specificamente, una «strategia strutturata, su un piano culturale, istituzionale e operativo, volta ad affrontare e a cercare

⁴² MAZZUCATO, *L'esperienza dell'Ufficio per la mediazione a Milano*, in MAGNO e altri, *La mediazione penale in ambito minorile: Applicazioni e Prospettive*, cit., 142.

⁴³ FAGET, *La mediazione penale. Un passo verso la giustizia "ristorativa"*, in *Antigone*, 2008, III, 2, 34; MESSNER, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, cit., 101.

⁴⁴ Cfr. FIANDACA, VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare*, cit., 139 ss.; MAGNO e altri, *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, cit., 111 ss.; SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale*, cit., 73 ss.; PISAPIA G. (a cura di) *Prassi e Teoria delle mediazioni*, cit., 27 ss.; PISAPIA G., ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 63 ss..

⁴⁵ Sul rapporto tra funzione specialpreventiva della giustizia riparativa e responsabilizzazione del reo, con particolare riguardo alle tecniche di neutralizzazione, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 115 ss.

⁴⁶ Sulla necessità di non trascurare la dimensione comunicativa della pena, EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., 119 s.

⁴⁷ CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, cit., 91.

⁴⁸ DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Milano, 2012, 1679.

di risolvere conflitti di varia natura, in forma alternativa al confronto di natura penale o civile istituzionalmente definito, con metodologia diversa in sistemi sociali specifici (comunitario, familiare,...)»⁴⁹.

Nonostante i molteplici tentativi di fornire una definizione unitaria, quello di mediazione resta concetto dal contenuto generico, come quando ci si riferisce, secondo la definizione più nota e generalmente accolta dalla letteratura in argomento, ad un «processo il più delle volte formale, attraverso il quale una terza persona neutrale tenta, attraverso l'organizzazione di scambi tra le parti, di permettere ad esse di confrontare i propri punti di vista e di cercare con l'aiuto del mediatore una soluzione al conflitto che le oppone»⁵⁰. Si tratta di una definizione ampia e capace per questo di ricomprendere la mediazione culturale, scolastica, penale, familiare, lavorativa, etc., ma a cui viene riconosciuto il merito di evidenziare la condivisione di una logica di fondo comune a tutti i tipi di mediazione: l'abbandono di una tradizione consolidata che vuole assegnato ad un *terzo* il ruolo di ristabilire l'ordine violato con l'intenzione di attribuire e 'restituire' alle parti il compito di cercare una soluzione consensuale e condivisa al conflitto che le oppone⁵¹ e, quindi, l'abbandono del paradigma perdente-vincente tipico del sistema di giustizia statale in vista della evoluzione da un sistema 'binario' verso un sistema 'ternario', di carattere consensuale⁵².

Pertanto, se da un lato la mediazione si presenta come realtà polisemica, con connotazioni diverse e forme eterogenee a seconda degli ambiti applicativi, degli aspetti metodologici, delle tecniche impiegate e delle caratteristiche degli operatori coinvolti⁵³, la costante è rappresentata dall'obiettivo di *restituire* centralità alla persona offesa e al suo rapporto (sia esso pregresso o meno) con l'autore del reato. In tal senso, l'intervento di mediazione penale presenta, al di là delle varianti applicative, talune caratteristiche comuni e costanti quali: 1) l'intervento di una parte terza e neutrale; 2) la presenza, volontaria, consensuale e responsabile, di due o più soggetti in posizione conflittuale; 3) la ricerca di uno spazio di dialogo e/o di comunicazione, diretta ad individuare modalità consensuali di gestione e soluzione del conflitto, sotto forma di riparazione simbolica, prima ancora che materiale.

⁴⁹ BATTISTIN, *La mediazione e i suoi attori: l'esperienza della Catalogna*, in PISAPIA G. (a cura di) *Prassi e Teoria della Mediazione*, cit., 27.

⁵⁰ BONAFÉ SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 36.

⁵¹ CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 36.

⁵² CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 37.

⁵³ SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale*, cit., 73; BONAFÉ SCHMITT, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, cit., 24 ss.

Essa, quindi, qualunque siano i criteri definitivi utilizzati, si caratterizza per guardare al reato non come ‘fatto’, come nella prospettiva giuspenalistica, bensì in prospettiva comunicativo-relazionale, ovvero come un conflitto tra le parti, con l’obiettivo precipuo di ripristinare la comunicazione tra le stesse e i legami sociali spezzati o lesi dalla commissione del reato, in funzione di pacificazione sociale⁵⁴. Da questo punto di vista, la mediazione penale si presenta come un processo dinamico che, partendo dalla situazione conflittuale, si svolge secondo modalità costruite *in itinere*, nello scambio tra le parti: essa non mira ad accertare un fatto accaduto - né in prospettiva storica, né processuale⁵⁵ - quanto piuttosto a crearne uno nuovo, mediante la costruzione di spazi dialettici tra le parti in conflitto⁵⁶; è quindi, processo di conoscenza reciproca che, avendo come presupposto una contrapposizione, mira a «far evolvere dinamicamente una situazione problematica, a far aprire canali di comunicazione che si erano bloccati»⁵⁷. Ed è, come vedremo meglio in seguito, proprio la valorizzazione di tale aspetto comunicativo-relazionale a far considerare la mediazione penale come un potente strumento di pacificazione, di aggregazione e stabilizzazione del consenso sociale, in senso conforme alle istanze di prevenzione generale e speciale positiva.

Per quanto attiene a tecniche e metodi operativi, al di là degli elementi comuni e ricorrenti, i programmi di mediazione penale possono differenziarsi in base a diversi criteri, tra cui: a) i rapporti col procedimento penale; b) la struttura organizzativa competente; c) i rapporti vittima-autore; d) la tipologia dei reati ammessi alla mediazione.

In relazione ai rapporti col procedimento penale, si distinguono: “programmi indipendenti”, allorquando non vi sia stata la preventiva attivazione dello strumento penale riguardo ai soggetti che partecipano al programma di mediazione; “programmi parzialmente dipendenti”, allorquando il sistema penale è stato già attivato e l’esito della mediazione non condiziona l’esito del processo; e “programmi dipendenti” allorquando l’esito del processo penale è subordinato o sospeso in relazione all’esito dell’intervento di mediazione penale.

La struttura organizzativa si riferisce all’organo, ente o servizio cui è affidato l’intervento di mediazione: può trattarsi di agenzie private, governative, interistituzionali o miste⁵⁸.

⁵⁴ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 88 ss.

⁵⁵ Sul punto, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1939, 105 ss.

⁵⁶ MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 10.

⁵⁷ CERETTI, *Mediazione, una ricognizione filosofica*, cit., 21.

⁵⁸ Cfr. il protocollo d’intesa per l’Ufficio della Mediazione di Milano riportato nel contributo di MAZ-

In base ai rapporti vittima-autore, esistono diverse modalità di incontro tra le parti; in taluni casi si preferisce l'incontro faccia a faccia tra autore e vittima (mediazione diretta), in altri casi il mediatore fa la spola tra l'uno e l'altro (mediazione indiretta), in altri ancora si prevedono incontri comunitari e/o di gruppo.

In ordine alla tipologia dei reati, in taluni casi gli interventi di mediazione sono limitati ai reati di lieve o media gravità, con esclusione dei reati particolarmente gravi; in altri casi, come nel settore della giustizia penale minorile, non vi sono limiti ai reati "mediabili".

Quanto alla struttura e allo svolgimento del procedimento di mediazione vittima-autore, la Commissione nazionale consultiva e di coordinamento per i rapporti tra il Ministero della Giustizia, le Regioni, gli Enti locali ed il volontariato istituita in seno al Ministero della Giustizia ha approvato un documento contenente «*Linee di indirizzo per l'attività di mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile*»⁵⁹, nel quale viene recepito uno schema organizzativo che in linea di massima ripropone i contenuti di modelli già sperimentati nella prassi di alcuni Uffici di mediazione penale⁶⁰. Si tratta di linee guida che non hanno alcun carattere vincolante e che non impediscono la sperimentazione di percorsi differenti, ove si consideri che i diversi modelli e procedimenti sorgono e si sviluppano proprio in relazione alle esigenze delle diverse realtà socio-normativo-ordinamentali. In questo settore, infatti è anche il pluralismo metodologico - tipico di tale processo informale - che consente di sfruttare al meglio le potenzialità della mediazione. In linea di massima, le fasi finora individuate sono: a) la proposta, b) l'invio, c) gli incontri individuali con le parti, d) la verifica di fattibilità, e) l'incontro diretto delle parti, f) la comunicazione.

La proposta di mediazione, a seconda dei casi, può provenire dal magistrato, dai servizi sociali nello svolgimento delle funzioni di assistenza all'autore o anche direttamente dalla vittima e dall'autore. In seguito all'invio o alla segnalazione, il servizio di mediazione dovrebbe raccogliere tutte le informazioni utili a verificare la presenza dei presupposti di fatto (in primo luogo, la reperibilità delle parti) cui far seguire un primo contatto informale per verificarne

ZUCATO, *L'esperienza dell'Ufficio per la mediazione a Milano*, cit., 138 e il 'Progetto Dafne' in calce a BOUCHARD, *La tutela delle vittime del quotidiano. Riflessioni su un progetto per l'accompagnamento e l'aiuto delle vittime di reato*, in *Antigone*, 2008, III, 2, 113.

⁵⁹ Cfr. COMMISSIONE NAZIONALE CONSULTIVA E DI COORDINAMENTO PER I RAPPORTI TRA IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, LE REGIONI, GLI ENTI LOCALI E IL VOLONTARIATO, *Linee di indirizzo per l'attività di mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile*, in www.giustizia.it, ove è possibile consultare anche i lavori delle Commissioni di studio e Studi e ricerche su mediazione penale e giustizia riparativa.

⁶⁰ Cfr. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, cit., 97 in nota 28.

la disponibilità.

La fase di verifica delle condizioni di fattibilità rende opportuno disciplinare sia le condizioni di accesso ai programmi di mediazione (libero consenso, volontarietà, etc.), sia i casi in cui se ne deve escludere *a priori* l'ammissibilità (es. problemi di tossicodipendenza, deficienze psichiche, gravi alterazioni di personalità, tipologie di reato ad altro grado di violenza, ripetuti fallimenti di precedenti programmi di mediazione, rilevante allarme sociale, etc.)⁶¹. Una volta accertata la fattibilità, anche in ordine all'idoneità delle parti ad un libero consenso, si ha l'assegnazione ad una *équipe* di mediatori adeguatamente formati⁶². Segue la fase degli incontri individuali, in cui il mediatore incontra vittima e autore separatamente, ascolta le differenti versioni dei fatti, dà la possibilità di esprimere i sentimenti ed i vissuti legati al reato e agli avvenimenti precedenti e successivi, prospetta la mediazione come soluzione, presenta il programma di mediazione, chiarisce il ruolo del mediatore, verifica il consenso - libero, consapevole e responsabile - e, quindi, la disponibilità di ciascuna delle parti all'incontro con l'altra⁶³. Questa è una fase particolarmente delicata e significativa, perché preparatoria del vero e proprio faccia a faccia tra l'autore e la vittima, ed è diretta a farli sentire entrambi soggetti attivi e protagonisti del processo di mediazione: è in questa fase, infatti, che il mediatore pone le basi per un percorso che, partendo dal conflitto, intende giungere al riconoscimento reciproco, in vista della (ri)costruzione di uno spazio di comunicazione⁶⁴.

Segue, quindi, la mediazione in senso stretto, ovvero l'incontro vittima/autore, i cui aspetti fondamentali, si afferma, sono tre: "i fatti, i sentimenti, la restituzione". Il mediatore infatti accoglie le parti, precisa nuovamente il proprio ruolo, le regole dell'incontro, sottolinea il carattere assolutamente confidenziale della mediazione e la necessità di comunicarne (solo) l'esito all'autorità giudiziaria, sollecita ciascuna delle parti, solitamente dando precedenza alla vittima, a narrare i fatti e descrivere le proprie sensazioni passate e presenti

⁶¹ FAGET, *La mediazione penale. Un passo verso la giustizia "riparatoria"*, cit., 30.

⁶² La definizione dell'identità e del profilo professionale del mediatore è questione ancora aperta. Sul punto, v. MAZZUCATO, *L'Esperienza dell'Ufficio per la mediazione a Milano*, cit., 139. Sottolinea la necessità di un'adeguata formazione, che non lasci spazio al diletterantismo e all'improvvisazione, MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, cit., 15 s. e 75 ss.

⁶³ SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale*, cit., 77 evidenziano l'opportunità, in questa fase, di incontrare dapprima l'autore del reato e poi la vittima, onde evitare di ingenerare false aspettative e prevenire l'ulteriore vittimizzazione e frustrazione nell'ipotesi in cui la vittima esprima consenso e il reo lo neghi.

⁶⁴ BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano*, in PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e Teoria della Mediazione*, cit., 72.

legate al reato. Successivamente, deve assicurare ad entrambe le parti adeguati spazi di discussione, nei quali potersi anche rivolgere domande. Da ultimo, il mediatore riassume quanto è emerso dall'esposizione dei fatti e dei punti di vista, invita le parti a discutere dei danni arrecati alla vittima e a confrontarsi per giungere, eventualmente, ad un accordo, tenendo presenti gli interessi, le richieste della vittima e le possibilità dell'autore.

La tipologia degli esiti della mediazione è ampia e varia: a volte un esito positivo è il dialogo, la comunicazione, le scuse formali, la comprensione del problema, l'impegno a non ripetere la condotta, il riconoscimento dell'altro come persona; in altri casi vi sarà un accordo sulle prestazioni riparatorie e/o risarcitorie a favore della vittima o della comunità.

Una volta conclusa, la mediazione viene valutata sulla base di indicatori sia psicologici (tenore ed atmosfera dell'incontro) che concreti (riparazioni materiali e/o simboliche) e l'esito viene comunicato all'autorità giudiziaria o al servizio con una relazione sintetica, attraverso l'uso di formule quali "esito positivo", "esito negativo", "esito incerto", "mediazione non effettuata". Onde assicurare il carattere strettamente confidenziale della mediazione, in senso conforme alle linee-guida internazionali, quindi, non devono essere comunicati contenuti, fatti e comportamenti emersi nel corso della stessa: di tutta l'attività svolta dovrebbe rimanere traccia solo nel fascicolo dell'Ufficio di mediazione e nulla, se non la comunicazione dell'esito, dovrebbe essere riferito, né allegato al fascicolo del magistrato⁶⁵.

Quanto alle conseguenze penali e processuali, esse dipendono dalla fase in cui la mediazione penale è stata attivata: in senso più o meno conforme alla *ratio* dell'istituto, la mediazione può configurarsi, infatti, come alternativa al processo, come alternativa alla sanzione o come sanzione alternativa⁶⁶. Nel sistema penale minorile, ad esempio, l'esito positivo potrà essere il presupposto per la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, *ex art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448*, per la dichiarazione di estinzione del reato *ex art. 29 dello stesso D.P.R.*⁶⁷ o, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di dover procedere al giudizio, la mediazione potrà rivelarsi utile ai fini della concessione del perdono giudiziale *ex art. 169 c.p.* Diversa e più complessa la situazione in ordine ai rapporti tra mediazione e procedimento penale a carico di imputati maggiorenni.

⁶⁵ BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano*, cit., 73.

⁶⁶ Sul punto, cfr. VIANELLO, *I luoghi della mediazione. Ipotesi sui conflitti e prospettive per la prevenzione*, in *Antigone*, 2008, III, 2, 65 ss.

⁶⁷ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 254 ss.

3. Gli spazi normativi ‘interstiziali’ per gli interventi di giustizia riparativa. La riforma ‘Orlando’ e l’estinzione del reato per condotte riparatorie anche contro la volontà della persona offesa: un’altra occasione persa.

Nell’esperienza italiana, com’è noto, la giustizia riparativa ha trovato le sue prime affermazioni nel settore della giustizia penale minorile⁶⁸, in attuazione di principi sanciti a livello internazionale ed in parte recepiti nell’ordinamento per effetto della riforma attuata con l’entrata in vigore del citato D.P.R. n. 448/1988 e delle relative norme di attuazione e coordinamento di cui al D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272⁶⁹. La mediazione penale, in particolare, si è gradualmente affermata come strumento funzionale al contestuale perseguimento di obiettivi di responsabilizzazione dell’autore, valorizzazione del ruolo della vittima e di attenzione ai processi educativi del minore. A partire da ciò, anche nell’ambito della giustizia penale ordinaria si è assistito ad un progressivo accoglimento di alcuni elementi tipici dei modelli di *restorative justice*, a iniziare dal settore dei reati di competenza del giudice di pace. Dopo l’introduzione degli artt. 27 e 28 del D.P.R. n. 448/1988, in tema di sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e di sospensione del processo con messa alla prova, infatti, sono le previsioni di cui agli artt. 29, 34 e 35 D.Lgs. n. 274/2000, ad essere considerate come le prime caute affermazioni del *restorative paradigm* anche nell’ambito della giustizia penale per adulti⁷⁰, quali manifestazione dei profondi cambiamenti, anche culturali, in atto nel sistema della giustizia penale⁷¹.

A ben vedere, infatti, nel nostro ordinamento non vi è alcuna disciplina espressa né, in generale, dei programmi di giustizia riparativa né, in particolare, dell’istituto della mediazione penale. Tale vuoto, tuttavia, non impedisce di individuare alcune aperture del sistema al modello di *restorative justice*, ovvero spazi normativi ‘interstiziali’⁷², nei quali gli interventi di mediazione vittima/autore si inseriscono come attività *a latere* del procedimento penale, in posizione autonoma, talvolta parallela e contemporanea ad esso.

In una indicazione di estrema sintesi, i principali riferimenti normativi entro i quali un intervento di mediazione penale può essere collocato nel procedimento penale a carico di imputati minorenni di cui al D.P.R. n. 448/1988

⁶⁸ BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 12, 1572.

⁶⁹ Cfr. SPIRITO, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di imputati minorenni*, in *Giust.pen.*, 1990, 138 ss.

⁷⁰ PICOTTI, SPANGHER, *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., 137 ss.; MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 314 ss.

⁷¹ BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, cit., 1571 ss.; sul cambio di paradigma associato alla giustizia riparativa, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 112 ss.

⁷² CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, cit., 98.

sono individuati nelle disposizioni relative a: 1) gli accertamenti della personalità del minore ex art. 9; 2) la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto ex art. 27; 3) la sospensione del processo con messa alla prova ex art. 28.

L'art. 9 del D.P.R. n. 448/1988 dispone, infatti, che «il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, *valutare la rilevanza sociale del fatto* (...). Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore *e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità*». Nella prassi applicativa si è recepita una interpretazione estensiva della norma in questione, tale da consentire una forma di "mediazione extraprocessuale", attivabile cioè fin dalla fase delle indagini preliminari. Nella valutazione della personalità del minore si è, infatti, ritenuto possibile comprendere anche interventi di mediazione, finalizzati a verificare la disponibilità dell'indagato ad incontrarsi con l'asserita vittima, a confrontarsi con le conseguenze della propria condotta delittuosa ed, eventualmente, ad impegnarsi in attività di riparazione a favore del singolo o della collettività, posto che, si afferma, «gli accertamenti sulla rilevanza sociale del fatto e sul grado di responsabilità implicano una concezione dinamica della personalità del minore, che si proietta necessariamente anche *dopo* il fatto, e devono tenere conto anche delle sua disponibilità ad avvicinarsi alla vittima o a fare qualcosa in suo favore»⁷³.

La collocazione degli interventi di mediazione penale nella fase iniziale del procedimento penale - vero e proprio strumento di *diversion* - consente una rapida estromissione del minore dal circuito penale ed evita le conseguenze negative dello stigma; al tempo stesso, però, destano perplessità i rischi di collisione con i principi di presunzione di innocenza, diritto al silenzio ed obbligatorietà dell'azione penale⁷⁴. Obiezioni che, come vedremo meglio in seguito, appaiono almeno in parte superabili ove sia garantito il rispetto delle linee guida in tema di giustizia riparativa, in special modo sul carattere consensuale e confidenziale dell'intervento di mediazione e sulla obbligatoria valutazione di un eventuale esito negativo dell'incontro di mediazione in termini non aggravanti la posizione dell'asserito autore del reato.

Anche l'art. 27 D.P.R. n. 448/1988 consente la collocazione dell'intervento di

⁷³ PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 298 s.

⁷⁴ RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in PICOTTI, (a cura di) *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 194.

mediazione sin dall'inizio del procedimento, dal momento che esso dispone che «durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne». Senza addentrarci in un'analisi di tale istituto⁷⁵ va rilevato che analogamente all'art. 9, e a differenza di quanto previsto in tema di messa alla prova, anche questa disposizione non contiene alcun riferimento esplicito ad attività di riconciliazione e/o di mediazione vittima/autore. Anche in questa ipotesi, pertanto, si assiste nella prassi alla collocazione dell'intervento di mediazione penale in un contesto normativo che ad essa non fa alcun riferimento esplicito e in cui assume rilievo come uno degli indici sulla base dei quali valutare, tra gli altri, la 'tenuità del fatto': l'esito positivo dell'incontro vittima/autore, infatti, può essere utile ai fini della valutazione da parte del giudice sulla scarsa rilevanza sociale del fatto.

La sospensione del processo con messa alla prova *ex art.28*⁷⁶ è considerata, tra gli istituti introdotti dal codice di procedura penale minorile del 1988, quello più originale ed innovativo⁷⁷. Come la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, si tratta di istituto di incerta qualificazione dogmatica⁷⁸, posta l'evidente valenza sostanzialistica: la sospensione, infatti, in caso di esito positivo della prova, conduce ad una dichiarazione di estinzione del reato. Si tratta, com'è noto, di una scelta normativa frutto del compromesso tra due esigenze nel confrontarsi con il fatto commesso dal minore: da un lato l'esigenza di *diversion*, dall'altra la necessità di adattare il processo alle non secondarie esigenze educative del minore. Organi competenti a disporre la sospensione del processo con messa alla prova sono il giudice dell'udienza preliminare o il giudice del dibattimento.

La principale questione, su cui il legislatore aveva ommesso di pronunciarsi, del presunto contrasto col principio di presunzione di innocenza in ordine ad un previo accertamento della responsabilità del minore, valutata la sussistenza di

⁷⁵ Su cui, cfr., per tutti, PALOMBA, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1989, 370 ss.

⁷⁶ L'art. 28 D.P.R. n. 448/1988 dispone: «Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2 (...)». Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire *prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.* (...)».

⁷⁷ GIANNINO, *Il processo penale minorile*, Padova 1997, 231.

⁷⁸ Così, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, P.te Gen., V Ed., Torino, 2007, 794.

tutti i presupposti di applicabilità, si ritiene oggi superata. In dottrina e giurisprudenza, infatti, si concorda nel ritenere che l'ordinanza di sospensione debba essere pronunciata solo in caso di 'preconvincimento' del giudice in ordine alla responsabilità per il fatto di reato, sebbene tale responsabilità non debba essere pronunciata con sentenza di condanna o altrimenti espressa: l'ordinanza di sospensione, si afferma, avrebbe cioè l'effetto di sospendere non già l'accertamento, ma la pronuncia di esso e le sue conseguenze sanzionatorie⁷⁹. D'altronde, se così non fosse, se si escludesse cioè ogni accertamento in ordine alla responsabilità del reo, il giudice dovrebbe pervenire ad una dichiarazione di archiviazione o di proscioglimento, poiché non sarebbe ammissibile una dichiarazione di estinzione del reato se non in capo ad un soggetto responsabile del reato stesso⁸⁰.

Dunque, accertata la responsabilità del minore in ordine al reato e verificata la sua imputabilità, il giudice può disporre la sospensione del processo con messa alla prova quando ritiene di dover valutare la personalità del minore, senza limiti in ordine alla tipologia di reato commesso. Il giudice, in tal caso, decide sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali ed accettato dal minore (o anche dal soggetto che, minore all'epoca della commissione dell'illecito, abbia nel frattempo raggiunto la maggiore età)⁸¹; tale progetto deve prevedere, tra l'altro, «gli impegni specifici che il minore assume» e le «modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa» (art. 27 del D.Lgs. n.272/1989).

Il tenore letterale della norma rende evidente il ruolo che alla mediazione penale viene riconosciuto: essa, allo stato attuale della normativa, può solo essere annoverata tra le prescrizioni che il giudice impartisce nell'ambito di un progetto di messa alla prova, quale concreta modalità operativa del progetto di intervento ex artt. 28 D.P.R. n.448/1988 e 27 D.Lgs. n. 272/1989. Dal mancato riconoscimento di un ruolo autonomo alla mediazione penale, tuttavia, non si deve necessariamente far derivare un impedimento alla massima esplicazione delle potenzialità di tale intervento che, in questo settore partico-

⁷⁹ GIANNINO, *Il processo penale minorile*, cit., 235.

⁸⁰ Corte cost., n. 125 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 978 s., ove in tema di messa alla prova del minore si considera «il giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice» un «presupposto concettuale essenziale del provvedimento commesso ad esigenze di garanzie dell'imputato», «in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento».

⁸¹ Cass. Pen. Sez. IV, 4.04.2003 (dep. 30.05.2003), n. 23864, in www.iusexplorer.it.

lare, si ammanta di una particolare valenza pedagogica. L'incontro con la vittima, infatti, mira a consentire all'autore di prendere coscienza del dolore e della sofferenza provocati in concreto dalla propria azione, e gli impegni che questi è disposto ad assumere per riparare alle conseguenze del reato assumono rilievo ai fini di un processo di responsabilizzazione, posto che la valorizzazione dell'aspetto comunicativo-relazionale nei riguardi della vittima può contribuire a condurre il minore verso modelli di comportamento socialmente adeguati. Né è a dire che l'ammissibilità dell'istituto sia strettamente collegata alla effettiva riparazione o al risarcimento del danno: la valenza della mediazione è principalmente nella sua capacità di ristabilire canali di comunicazione ed essa non può ridursi a mero risarcimento materiale. La collocazione dell'intervento di mediazione nel corso della messa alla prova, quindi, è occasione per realizzare il contatto dell'autore con la persona offesa, con modalità operative perfettamente in linea con i principi caratterizzanti gli istituti applicativi del paradigma restitutorio: spostando la risoluzione del conflitto al di fuori del processo, infatti, si attribuisce alle parti un ruolo determinante in vista della combinazione tra esigenze educative, di responsabilizzazione e riparazione del danno; in poche parole, si restituisce ai protagonisti del conflitto il potere di ristabilire l'ordine violato e di dare concretezza a quell'aspetto 'rivoluzionario' della mediazione, consistente «nel fatto che ci si allontana da quella tradizione consolidata che assegna al *terzo* il ruolo di ristabilire l'*ordine* violato per mezzo dell'applicazione di una regola comune e condivisa»⁸².

Nell'ambito del procedimento penale a carico di imputati maggiorenni, la situazione è più complessa ed occorre distinguere, preliminarmente, tra reati di competenza del giudice di pace e reati di competenza della magistratura ordinaria. Il D.Lgs. n. 274/2000, infatti, espressamente prevede per i reati perseguibili a querela il tentativo di conciliazione tra querelante e querelato ai fini della remissione della querela (art. 29 co. 4), l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34) e l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35)⁸³. Si tratta di disposizioni che rivestono particolare interesse, per molteplici ragioni. L'art. 29 co. 4, in particolare, non solo si riferisce espressamente alla possibilità di avvalersi «anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio», ma garantisce espressamente che «in ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo

⁸² CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 36.

⁸³ Sui canali di accesso alla mediazione nelle fonti interne, DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione*, in FIANDACA, VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare*, cit., 131 ss.

utilizzate ai fini della deliberazione»⁸⁴, in senso conforme alle linee guida sul carattere confidenziale dei programmi di giustizia riparativa che, unitamente al carattere consensuale, sono di fondamentale importanza per costruire un modello di *restorative justice*. Quanto all'art. 34⁸⁵, anch'esso assume particolare rilievo, sia perché colloca in una fase preprocessuale la possibilità di inserire un intervento di mediazione, il cui esito positivo potrebbe costituire uno degli indici in base ai quali valutare la tenuità del fatto e condurre al decreto di archiviazione, sia per il ruolo chiave riconosciuto alla persona offesa. Infatti, il giudice, nel corso delle indagini preliminari, dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento (art. 34 co.2); se invece è già stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non vi si oppongono (art. 34 co.3).

L'art. 35, invece, disciplina l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie con modalità che, oltre a non prestare alcuna attenzione alla prospettiva consensuale e comunicativo-relazionale tra vittima e autore, riducono al minimo gli spazi di riconoscimento della persona offesa. Ai sensi dell'art.35, infatti, il giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato (art.35 co.1), «solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione» (art. 35 co.2).

In parte sulla falsariga di quanto sperimentato nel sistema di giustizia penale minorile e per i reati di competenza del giudice di pace, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto introducendo nel sistema, seppure non sempre in modo coordinato e coerente, alcuni istituti che, ad una prima analisi, sem-

⁸⁴ Art. 29 co.4 D. Lgs. 274/2000: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione».

⁸⁵ Art. 34 D. Lgs. 274/2000: «Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado di colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia, o di salute della persona sottoposta alle indagini (...)».

brano configurare un'apertura al *restorative paradigm* anche nel settore dei reati di competenza della magistratura ordinaria. Il riferimento è, in particolare, all'introduzione con l'art. 3 co. 1 L. 28 aprile 2014, n.67 dell'istituto della messa alla prova, di cui agli artt. 168 *bis* e ss. c.p.⁸⁶, all'introduzione con l'art.1 co. 2 del D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28 dell'art. 131-*bis* c.p. che disciplina la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto⁸⁷ e, da ultimo, al recente intervento attuato con L. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. riforma Orlando), con il quale è stato introdotto l'art.162-*ter* c.p., in tema di estinzione del reato per condotte riparatorie⁸⁸.

A ben vedere, e com'è stato da più parti ampiamente evidenziato, si tratta di interventi ispirati più da esigenze 'premiali'⁸⁹ e di deflazione penale⁹⁰ che dal recepimento delle istanze del modello di *restorative justice*, come sopra delineate. Considerata la complessità che una compiuta analisi di tali istituti comporta, in ordine a *ratio*, caratteri, presupposti applicativi, limiti oggettivi e soggettivi, interrelazioni sistematiche sostanziali e processuali, ci si limiterà in questa sede a porre in evidenza solo taluni aspetti, al limitato scopo di valutare se effettivamente i nuovi istituti presentino elementi di apertura (o quantomeno di coerenza) con i principi ispiratori e le linee guida del *restorative paradigm*.

L'introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova di cui agli artt. 168-*bis* ss. c.p., potrebbe, ad una prima lettura, indurre a ritenere che le istanze della giustizia riparativa abbiano finalmente trovato accoglimento anche nel sistema penale ordinario, posto che, in analogia con la messa alla prova dei minori, vi è un espresso riferimento alla mediazione con la persona offesa. In effetti, per alcuni versi, la messa alla prova degli adulti presenta caratteristiche analoghe a quelle del corrispondente istituto

⁸⁶ In argomento, cfr. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *questa Rivista*; TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300 ss.; DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Quest. Giust.*, 2013, 6, 9 ss.

⁸⁷ Cfr. FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, Pt. Gen., V Ed., Milano, 2016, 698 ss.

⁸⁸ In argomento, cfr. RICCIO Si., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie* (commi 1, 2, 3, 4 L.n.103/2017), in MARANDOLA, BENE, *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, Milano, 2017, 4 ss.

⁸⁹ Sulla tendenza dell'istituto ad essere attratto da una logica più premiale che specialpreventiva, cfr. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1 e 3 ss.

⁹⁰ GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.legislazionepenale.eu, 13.11.2017, 3; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1301. Cass. Pen. Sez. VI, n. 6483 del 09/12/2014 (dep.13/02/2015), in www.iusexplorer.it.

nel sistema di giustizia penale minorile, mentre per altri, come si vedrà a breve, se ne differenzia fin dalla *ratio legis*⁹¹. Anche nella messa alla prova degli adulti, ad esempio, si assiste alla sospensione del processo e della relativa dichiaratoria di responsabilità⁹², affinché l'imputato possa sottoporsi ad un periodo di prova che comporta l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma di trattamento che - allegato all'istanza di messa alla prova - è elaborato d'intesa con l'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna e può includere tra le prescrizioni: condotte riparatorie, lavoro di pubblica utilità, attività di volontariato sociale, così come «condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»⁹³; anche in tal caso, l'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede.

A fronte di tali analogie, le differenze di disciplina tra l'istituto della messa alla prova dei minorenni e degli adulti sono molteplici e di non poco conto: oltre all'incidenza di requisiti soggettivi ed oggettivi la cui assenza preclude la sospensione (non previsti per la messa alla prova del minore)⁹⁴, pare evidente che il legislatore abbia conformato l'istituto prevalentemente su istanze di prevenzione speciale ed esigenze di deflazione⁹⁵, sia del carico dei procedimenti pendenti che del sovraffollamento carcerario⁹⁶, che poco o quasi nessuno spazio, almeno allo stato attuale della normativa, lasciano ad istanze di giu-

⁹¹ Ritieni che non vi siano punti di contatto tra l'istituto della messa alla prova dell'adulto e del minore, BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 2.

⁹² Esprime perplessità derivanti dall'imposizione di prescrizioni dal contenuto afflittivo pur in assenza di un pronunciamento giudiziale sulla responsabilità del reo BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 2 e 5 ss. Per MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, P. gen., V Ed. agg. da DOLCINI e GATTA, Milano, 2015, 420, «potendo essere disposta solo se il giudice non deve pronunciare sentenza di proscioglimento ex art.129 c.p.p. (art.464 *quater* co.1 c.p.p.), deve ritenersi che la sospensione del procedimento con messa alla prova presupponga un pur sommario accertamento della responsabilità: il che rende ragionevoli i rilevanti contenuti della messa alla prova» (Il corsivo è degli Autori).

⁹³ Art. 464 *bis* co. 4 c.p.p.: «All'istanza è allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stata possibile l'elaborazione, la richiesta di elaborazione del suddetto programma. Il programma in ogni caso prevede: a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile; b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie, e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale; le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

⁹⁴ Sul punto, cfr. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 5 ss.

⁹⁵ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 420 s.

⁹⁶ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1301.

stizia riparativa⁹⁷. Numerosi, al riguardo, sono gli elementi fortemente ostativi, tra cui il carattere obbligatorio e non consensuale del lavoro di pubblica utilità cui è subordinata la concessione della messa alla prova, i limitati spazi concessi alla persona offesa (se non nella ipotesi in cui tra le prescrizioni attuative del programma sia incluso l'incontro diretto vittima/autore)⁹⁸, la sostanziale utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel periodo di prova⁹⁹.

Com'è noto, con l'art. 131 *bis* c.p., il legislatore introduce una causa di esclusione della punibilità per i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno e del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale¹⁰⁰. Pur presentando forti elementi di analogia con gli istituti settoriali di natura processuale *ex art. 27 D.P.R. n. 448/1988* (sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto) e *art. 34 D.Lgs. n. 274/2000* (esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto), l'art.131 *bis* c.p. introduce senza dubbio un istituto di natura sostanziale¹⁰¹ che conferisce limitati spazi di partecipazione alla persona offesa dal reato¹⁰². Esso, ispirato alla medesima logica di deflazione giudiziaria della messa

⁹⁷ BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 8 s.; MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 170 s.

⁹⁸ GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 10.

⁹⁹ Nella formulazione originaria dell'art. 464 *ter* c.p.p. era contenuta una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 29 D.Lgs. n. 274/2000: «Le informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili», poi stralciata in sede di approvazione definitiva. Sulla utilizzabilità delle informazioni acquisite durante il procedimento di messa alla prova in caso di ripresa del processo, cfr. Relazione n. III/07/2014, 5 maggio 2014, Ufficio del Massimario, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in www.cortedicassazione.it, par.16, 26.

¹⁰⁰ Cfr. per tutti GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517; PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 15, 2015, 1; MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Dir.& Giur.*, 2015, 3, 24; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 660.

¹⁰¹ Sulla collocazione sistematica, l'inquadramento dottrinario e i rapporti dell'art.131 *bis* c.p. con l'art. 49 c.p., cfr. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in CAVALIERE, LONGOBARDO, MASARONE, SCHIAFFO, SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 396 ss.

¹⁰² Cass., Sez. V, 25 ottobre 2017) in www.iusexplorer.it, afferma il principio di diritto secondo cui «in ipotesi di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex art. 411 co.1 bis* c.p.p., la opposizione della persona offesa che si limiti a illustrare le ragioni del dissenso senza indicare investigazioni o indagini suppletive e relativi elementi di prova, non può essere per tale sola ragione dichiarata inammissibile, essendo il giudice tenuto alla valutazione delle dette ragioni», per cui la deliberazione di inammissibilità delle stesse è momento preliminare al provvedimento di archiviazione.

alla prova¹⁰³ mette a disposizione del giudice uno strumento di ‘depenalizzazione in concreto’ che consente, una volta accertato un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole dallo scarso disvalore lesivo, di escluderne la punibilità, sostanzialmente per ragioni di opportunità. Analogamente a quanto avviene per le disposizioni sopra citate, quindi, esso potrebbe consentire l’inserimento, già nel corso delle indagini preliminari, di attività in favore della vittima o di mediazione vittima/autore in senso stretto, da valutare, in caso di esito positivo, quale indice della esiguità dell’offesa.

Da ultimo, il recente intervento di riforma del legislatore attuato con l’approvazione della L. 23. 6.2017 n.103 di «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario» si apre con la previsione, all’art.1 co.1, della causa di estinzione del reato per «condotte riparatorie»¹⁰⁴, istituto omologo a quello previsto dall’art. 35 D.Lgs. n.274/2000¹⁰⁵. Si tratta di un istituto anch’esso ispirato - come la messa alla prova per adulti e la non punibilità per la speciale tenuità del fatto - principalmente da esigenze di deflazione¹⁰⁶ e di ulteriore valorizzazione degli effetti premiali di condotte riparatorie successive alla commissione dell’illecito¹⁰⁷, che si pone, come e forse più degli altri, ad una distanza notevole rispetto ai principi e alla logica ispiratrice della *restorative justice*. Tralasciando, in questa sede, i numerosi profili critici e i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla disposizione in esame¹⁰⁸, vale la pena soffermarsi sulle ragioni per le qua-

¹⁰³ Cass. Pen. Sez. III, n. 21014 del 7.05.2015 (dep. 20.05.2015), in *www.iusexplorer.it*.

¹⁰⁴ Art.162 *ter* c.p. co.1: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l’imputato ha riparato interamente (...) il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale (...), formulata dall’imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo».

¹⁰⁵ Sulle differenze tra art. 35 D. Lgs. n. 274/2000 e art. 162 *ter* c.p., cfr. GRANDI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 15 ss. e 20 ss.; CAPOROTUNDO, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell’art.162-ter c.p.*, in *questa Rivista*, 2018, 1, 15 ss. e 20 ss.;

¹⁰⁶ GRANDI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 3; CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di “restorative justice” o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *questa Rivista*, 13.07.2017, 2; MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all’art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *www.questione-giustizia.it*; CAPOROTUNDO, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell’art.162-ter c.p.*, cit., 2.

¹⁰⁷ In argomento, cfr. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir.pen.cont.*, 2015, 2, 236 ss.

¹⁰⁸ Sul punto, cfr. GRANDI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 11 s. e 15; CAPOROTUNDO, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell’art.162-ter c.p.*, cit., 6 ss.

li si ritiene che tale istituto, ancora meno degli altri di recente introduzione, possa dirsi ispirato almeno in parte ai principi della *restorative justice*. A ben vedere, già la delimitazione dell'istituto ai soli reati perseguibili a querela remissibile induce a ritenere che il campo di concreta applicazione della norma - sovrapponendosi al campo di applicazione della causa estintiva della remissione della querela - rimanga limitato alle sole ipotesi in cui la persona offesa abbia, seppure implicitamente, attraverso il mancato esercizio della facoltà di remissione, manifestato una volontà contraria all'estinzione del reato¹⁰⁹. La persistenza del conflitto tra autore e persona offesa, quindi, conduce ad un risultato estintivo a prescindere dalla conciliazione¹¹⁰, in senso radicalmente opposto al carattere consensuale del *restorative paradigm*.

L'art.162 *ter* co.1 c.p. prima parte prevede una discrezionalità piuttosto limitata in capo al giudice che, sentite le parti e accertata l'integrale riparazione, mediante restituzioni e risarcimento, è tenuto a pronunciare l'estinzione del reato. Il margine di discrezionalità si amplia, seppure di poco, nel successivo periodo del co. 1, laddove è stabilito che il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale non accettata dalla persona offesa, «ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo»¹¹¹. Ed è questa la previsione normativa che, più di tutte, connota l'istituto in esame quale figura diametralmente opposta ad un modello di *restorative justice*. L'audizione della persona offesa, chiamata ad esprimere il proprio consenso o dissenso all'offerta riparatoria del reo, si configura come un mero adempimento procedurale, posto che un eventuale rifiuto non impedisce l'estinzione, sempre che l'offerta reale nelle forme previste dal c.c. sia reputata congrua. Ebbene, com'è stato acutamente osservato, «la previsione espressa del potere del giudice di scavalcare il rifiuto della persona offesa rappresenta la chiave di lettura del complessivo gioco delle parti all'interno del nuovo istituto, ed in particolare del ruolo assegnato alla vittima», in quanto la previsione del meccanismo di estinzione 'forzata', ben lontano dal promuovere un percorso dialogico con modalità consensuali, «sembra destinato ad acuire, piuttosto che stemperare, il conflitto tra autore e vittima»¹¹². Per quanto nulla escluda che l'art.162 *ter* c.p. possa incidentalmente offrire occasione e spazio per l'inserimento di interventi di riconciliazione tra le parti, è evidente che l'effetto di estinzione del reato, nelle intenzioni del legislatore, deve conseguire

¹⁰⁹ Cfr. CAPOROTUNDO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art.162-ter c.p.*, cit., 8.

¹¹⁰ Così, GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 12, 17.

¹¹¹ GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 24 s.

¹¹² Così, GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 25 s.

re alla riparazione *tout cort* e non già ad una riparazione quale esito di un processo di conciliazione/mediazione tra le parti o conseguenza di una raggiunta pacificazione del conflitto provocato dal reato o culminato nella commissione dello stesso.

Infine, sebbene sia stato rilevato come nella fase esecutiva della pena gli interventi di giustizia riparativa si atteggiino in maniera completamente diversa e non priva di inconvenienti¹¹³, un ulteriore appiglio normativo per interventi di giustizia riparativa si rinviene nella disciplina delle misure alternative alla detenzione, laddove in materia di affidamento in prova al servizio sociale è previsto che «deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato» (art. 47, co. 7 della L. n. 354/1975). Si è osservato in dottrina che la mediazione collocata in fase esecutiva rischia di perdere tutto il suo potenziale innovativo, con scarsa incisività in vista del perseguimento di obiettivi di giustizia riparativa, ed essere svilita al ruolo di sanzione alternativa. Da un lato, osta la distanza temporale dell'intervento riparativo rispetto alla verifica del fatto, che non tiene conto delle esigenze della persona offesa; dall'altro la sentenza di condanna, soprattutto se eseguita in forme segregative, frappone un ostacolo di non poco conto per il reo al carattere consensuale dell'intervento in funzione di riparazione: il carattere prescrivito delle misure imposte in fase esecutiva, infatti, si colloca in posizione di insanabile contrasto con la natura consensuale e volontaria del processo di mediazione, con conseguente limitazione delle possibilità di attuazione e di esito positivo¹¹⁴.

4. La giustizia riparativa e la pena come integrazione sociale. La mediazione penale come strumento di politica criminale.

Se si guarda al reato come espressione di un conflitto, ci si avvede che la pena, quali che siano le sue finalità, non fa altro che inserirsi in tale conflitto, provocandone una ulteriore 'radicalizzazione'¹¹⁵. Il superamento di tale conflitto, per contro, richiederebbe interventi fondati sulla realistica presa d'atto dell'esistenza di tale frattura, piuttosto che sulla sua negazione. E' sulla base di tali considerazioni che, si afferma, «(...) emerge il nocciolo retributivo della

¹¹³ BOUCHARD, *Mediazione: diritto e processo penale*, in MAGNO e altri, *La mediazione penale in ambito minorile, applicazioni e prospettive*, cit., 211.

¹¹⁴ Cfr. BENEDETTI, PISAPIA G., *Comma 7. La prescrizione a favore della vittima di reato nell'affidamento in prova ai servizi sociali*, in PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e Teoria della Mediazione*, cit., 195 ss.

¹¹⁵ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 67.

pena, che è sempre sopravvissuto e dal quale (...) si devono prendere le distanze: non la giustificazione assoluta del punire (...); piuttosto l'assunto secondo cui allorquando una condotta sia qualificata come reato, essa implichi una pena concepita come riproposizione della frattura insita in quel reato, quali che siano i fini che con tale pena si intendano perseguire»¹¹⁶. Da questo punto di vista, si è osservato, il modello di giustizia riparativa ha il merito di mettere in luce una delle ragioni principali del fallimento della 'ideologia del trattamento', ovvero la presenza ancora oggi, nel sistema penale, di un residuo della concezione assoluta della pena, influente non solo sulla teoria e sulla prassi della reazione penale, ma anche sul dibattito dottrinale, per lungo tempo attestato più sulla ricerca *a posteriori* delle giustificazioni alle sanzioni penali che non sulla ricerca di modelli realmente alternativi alla pena¹¹⁷.

L'esigenza di predisporre uno strumentario articolato e diversificato è da più parti considerata ineludibile. Al riguardo, autorevole dottrina ha già da tempo osservato come la tendenza alla decarcerizzazione e alla deistituzionalizzazione (soprattutto per taluni soggetti come alienati di mente, tossicodipendenti, minori, etc.), affermatasi in Italia a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ma non accompagnata da una effettiva attenzione ai contenuti della risocializzazione, ha finito per determinare una netta prevalenza delle funzioni di vigilanza e controllo che, lungi dall'essere funzionale alla realizzazione di obiettivi di effettivo reinserimento sociale, non ha fatto altro che acuire l'inefficienza e la perdita di credibilità del sistema e, quindi, le spinte verso istanze di mera intimidazione. Il fallimento di tali forme di "apparente risocializzazione", inoltre, è risultato funzionale a politiche criminali di mera repressione, laddove una risocializzazione effettiva imporrebbe, per contro, una politica criminale che miri alla ricostruzione dei legami sociali e che attribuisca un ruolo di primo piano agli enti locali e a modalità di attuazione della pena adattate alle differenti tipologie di autori di reato e devianti¹¹⁸. Piuttosto che escludere qualsiasi efficacia preventiva della sanzione penale, quindi, il perseguimento di tale scopo imporrebbe la predisposizione di uno strumentario articolato, tale che la politica criminale non si esaurisca nella sola politica penale: superato il modello della pena assoluta, disinteressata al perseguimento di qualunque obiettivo politico-criminale, in un sistema penale moderno, in cui il fine razionale della pena può essere solo la prevenzione dei reati, la politica criminale deve necessariamente prevedere strategie di intervento globale, con inter-

¹¹⁶ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 68.

¹¹⁷ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 67 s.

¹¹⁸ Per tutte queste considerazioni, BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, cit., 73 ss.

venti di tipo penale ed extrapenale. Ed è in questa prospettiva che si è argomentato sulla piena compatibilità degli strumenti della giustizia riparativa, e in particolare della mediazione penale, con il perseguimento di obiettivi di prevenzione generale e speciale¹¹⁹.

In ordine ad esigenze di prevenzione generale, è evidente che la portata intimidativa del *restorative paradigm* sulla collettività è limitata, se non nulla, rispetto alla minaccia di una tradizionale sanzione penale. Per converso, è sul piano della prevenzione generale positiva che gli strumenti della giustizia riparativa (e, in particolare, la mediazione penale) possono esplicitare al meglio le loro potenzialità, non solo quale fattore di aggregazione dei consensi intorno alla norma. Sul punto, valgono le considerazioni autorevolmente svolte in ordine alla opportunità di introdurre strumenti alternativi alla pena e, in particolare, il risarcimento del danno¹²⁰. Quest'ultimo, com'è noto, suscita non poche riserve, sia perché considerato estraneo alle finalità proprie del diritto penale, sia perché ritenuto incompatibile con le funzioni tradizionalmente riconosciute alla sanzione penale: nella prospettiva della retribuzione, accontentarsi di un mero risarcimento significherebbe rinunciare alla retribuzione stessa; nella prospettiva della prevenzione speciale, se l'autore dovesse limitarsi a ripristinare lo *status quo ante* e a risarcire il danno cagionato non vi sarebbe alcun rischio conseguente alla condotta penale e, pertanto, si annullerebbe ogni funzione specialpreventiva; nella prospettiva della prevenzione generale, una reazione agli illeciti fondata sul solo risarcimento, equivarrebbe ad un vero e proprio «invito ai cittadini a cimentarsi almeno una volta col delitto»¹²¹.

Ebbene, considerato il crescente interesse per la vittima e per le pratiche restitutorie, ci si è posto il problema di verificare se effettivamente il fine risarcitorio sia privo di effetti preventivi e addirittura criminogeno o non possa piuttosto contribuire a perseguire effetti di prevenzione generale e speciale. Con riguardo alla prevenzione generale negativa, è evidente che la portata intimidativa del risarcimento è pressoché inesistente, analogamente a quanto accade per la giustizia riparativa; ma se si fa riferimento alla prevenzione generale positiva intesa nelle sue tre componenti di orientamento culturale (effetto socio-pedagogico, rafforzamento della fiducia dei consociati ed effetto di pacificazione), il risarcimento del danno può produrre effetti positivi in termini di pacificazione e riconciliazione. Esso, poi, presenta effetti positivi anche in termini specialpreventivi, in quanto consente di instaurare un rapporto diretto

¹¹⁹ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, cit., 81 ss.

¹²⁰ ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, cit., 10 ss.; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 3 ss.

¹²¹ Così, ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8.

con la vittima, che non rimane anonima; prevede una prestazione spontanea che può essere vissuta come giusta e significativa in termini di riconoscimento della validità del diritto; è funzionale ad una effettiva riconciliazione e composizione del conflitto generato dal reato ed infine, evitando la sanzione detentiva, evita gli effetti di desocializzazione ad essa connaturati¹²². Se tanto vale per il risarcimento del danno, quale sanzione alternativa a quella detentiva, i medesimi argomenti possono essere estesi agli strumenti di giustizia riparativa, funzionali al perseguimento di obiettivi di “prevenzione integratrice” ovvero di prevenzione generale orientata all’integrazione, alla pacificazione del sentimento giuridico e al ristabilimento della pace giuridica turbata dal reato¹²³.

Quanto all’efficacia generalpreventiva positiva della reazione ordinamentale, è noto che essa poggia non tanto sulla severità delle pene, quanto piuttosto sulla credibilità del momento precettivo e sulla coerenza delle scelte e delle azioni di politica criminale¹²⁴. Ciò equivale a dire che esigenze generalpreventive possono essere meglio soddisfatte mediante la diversificazione degli strumenti sanzionatori e addirittura mediante la rinuncia, in taluni casi, alla pena. Tale rinuncia, tuttavia, non deve configurarsi come nuova misura premiale¹²⁵ o clemenziale, ma dev’essere accompagnata da una impegnativa assunzione di responsabilità da parte del reo, dai contenuti adeguati¹²⁶. Sulla base di tali argomenti, si può ritenere che l’introduzione nel sistema penale di strumenti di pacificazione del conflitto generato dal reato consentirebbe di ampliare la portata del principio secondo cui la pena è l’*extrema ratio* della politica criminale, estendendola dal momento della qualificazione di un fatto come illecito penale, al momento della valutazione del caso concreto¹²⁷.

In riferimento agli scopi di prevenzione speciale, gli strumenti della giustizia riparativa - se e in quanto fondati su partecipazione e consenso spontaneo¹²⁸ -

¹²² ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 ss.

¹²³ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 17.

¹²⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1981, § XXVII.

¹²⁵ Sulla riparazione in funzione premiale cfr. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Napoli, 2011, 889 ss.

¹²⁶ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 84 evidenzia come la rinuncia parziale o totale alla pena non deve indurre ad assimilare l’intervento di mediazione in funzione di composizione del conflitto agli altri strumenti premiali già previsti dall’ordinamento vigente ed ispirati a logiche affatto diverse.

¹²⁷ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 19; EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 79.

¹²⁸ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, cit., 92 osserva: «In questo senso appare fondato ritenere che l’intervento penale realizzi al meglio le sue complessive finalità di prevenzione (...)

ben possono proporsi come elementi propulsivi rispetto ai fini di risocializzazione¹²⁹. Tali strumenti assumono certamente maggiore rilievo nel settore della giustizia penale minorile, in cui la lettura in combinato disposto degli artt. 27 co.3 e 31 co. 2 Cost. evidenzia la necessità di un sistema sanzionatorio diretto al soddisfacimento delle esigenze educative, ancor prima che rieducative, del minore¹³⁰: il nuovo modo di concepire il processo penale minorile, infatti, prende le mosse dalla acquisita consapevolezza della forte carica di stigmatizzazione della sanzione detentiva, che spesso rappresenta un «ulteriore passaggio negativo nel processo di emarginazione»¹³¹, che rafforza nel minore la percezione di sé come soggetto deviante e/o delinquente¹³², con conseguente annullamento e o riduzione delle *chances* di valorizzazione di risorse positive. In tal senso, la riforma del processo minorile, anche se non accompagnata dalla previsione di un sistema sanzionatorio differenziato, ha introdotto importanti innovazioni, utili ad esperire interventi di mediazione penale¹³³. Quanto alle critiche inerenti ai rischi di strumentalizzazione da parte del reo di attivazione della mediazione o di altri strumenti di giustizia riparativa al solo scopo di evitare trattamenti più severi, si è obiettato che, a fronte di una risocializzazione che resta inefficace, varrebbe comunque la pena provare una nuova strada¹³⁴. A ciò deve aggiungersi la possibilità di escludere o ridurre tali rischi, sia assicurando la serietà degli interventi di giustizia riparativa che predisponendo programmi di verifica empirica¹³⁵, come peraltro auspicato in sede internazionale¹³⁶, ad esempio sui livelli di recidiva¹³⁷, anche al fine di evidenziare che i benefici effetti di deflazione del carico giudiziario riconosciuto agli strumenti di giustizia riparativa debbano essere considerati come un effetto secondario ed eventuale dell'attivazione di pratiche consensuali di risoluzione dei conflitti.

allorché ottenga anche dall'agente di reato una autonoma e fattiva adesione al rispetto delle regole precedentemente violate».

¹²⁹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.; ID., *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, cit., 345.

¹³⁰ Sul punto, cfr. Corte cost., n. 168 del 1994, in *Cass.pen.*, 1994, 2382 ss.

¹³¹ ASSANTE, GIANNINO, MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, 303.

¹³² Per una rapida panoramica sulle teorie dell'etichettamento, cfr. PONTI, MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008, 125 ss.

¹³³ Cfr. LARIZZA, *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 97 ss.

¹³⁴ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 20.

¹³⁵ UMBREIT, ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, in PISAPIA G., ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, cit., 63 ss.

¹³⁶ Cfr. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000), cit., par. V.22, 5.

¹³⁷ V. BATTISTIN, *La mediazione e i suoi attori: l'esperienza della Catalogna*, cit., 57.

Sulla base di tali argomenti, si comprende la ragione per cui la giustizia riparativa e la mediazione penale, in particolare, sono considerate da ampia parte della dottrina come un «interessante strumento di *politica criminale seriamente preventiva*»¹³⁸, destinato ad incidere sui concetti di esclusione, separazione e segregazione che ancora caratterizzano il sistema penale. Nei termini in cui la mediazione valorizza la prospettiva comunicativo-relazionale e chiama i soggetti alla corresponsabilità, all'incontro, alla ricostruzione dello spazio distrutto dal conflitto e al riconoscimento reciproco, essa richiede di aderire ed osservare spontaneamente le regole che fondano la pacifica convivenza, in vista di scelte orientate consapevolmente verso modelli di comportamento socialmente adeguati¹³⁹. Lungi dal configurarsi come “misura trattamentale in funzione rieducativa”, la mediazione penale mira ad assolvere una funzione “specialpreventiva in chiave educativa” fondata sul consenso, piuttosto che sull'intimidazione. Si tratta, com'è ovvio, di un processo non automatico, caratterizzato da incertezza dei risultati, la quale tuttavia non impedisce di affermare che «in una rinnovata prospettiva di politica criminale la scelta della mediazione esprimerebbe pur sempre, nonostante tale ‘incertezza’ degli esiti, una razionale strategia di riduzione del ‘bisogno di pena’»¹⁴⁰.

Per queste ragioni, pare condivisibile la posizione di chi ritiene che la mediazione penale possa trovare spazio quale valido strumento di politica criminale orientata alla prevenzione generale e speciale, in un contesto in cui, se estesa anche ad altri settori (familiare, sociale, lavorativo, scolastico, etc.), potrebbe assolvere anche funzioni di regolazione e controllo primario, quale efficace “barriera prepenalistica”¹⁴¹. In tale prospettiva, lo sviluppo di una forte correlazione della mediazione penale con le istanze di prevenzione della criminalità e diffusione di sentimenti di sicurezza e di partecipazione, in vista della ricostruzione del legame sociale, si pone a sua volta come pre-condizione per un effettivo e progressivo ridimensionamento dell'intervento penalistico¹⁴² utile peraltro ad evitare il rischio, sempre incombente, che si torni ad invocare il ritorno a forme di intervento segreganti¹⁴³.

¹³⁸ MAZZUCATO, *L'Esperienza dell'Ufficio per la mediazione a Milano*, cit., 143 (Il corsivo è dell'Autrice).

¹³⁹ CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 45.

¹⁴⁰ PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 287.

¹⁴¹ MAZZUCATO, *L'Esperienza dell'Ufficio per la mediazione a Milano*, cit., 149.

¹⁴² MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, cit., 25.

¹⁴³ BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, cit., 74, evidenzia come sia proprio l'assenza di strumenti di rafforzamento e sostegno dei legami sociali ad ingenerare il bisogno di tornare ad interventi di segregazione: «(...) È proprio la carenza di aggregazioni collettive, di una rete riconoscibile e non magmatica di rapporti e luoghi della convivenza utile che produce il bisogno di una struttura istituziona-

5. La mediazione e il processo penale.

Il procedimento di mediazione penale si svolge secondo regole, tecniche e modalità proprie, tali da consentirne una configurazione autonoma, quale istituto distinto dal procedimento penale, ma che consente, nondimeno, applicazioni accessorie alla funzione giurisdizionale¹⁴⁴. A ben vedere, la contrapposizione tra la logica processuale e quella riparativa dovrebbe spingere a configurare un rapporto alternativo¹⁴⁵, e infatti per taluni la mediazione penale «è tanto più efficace quanto meno si confonde ed interagisce con le regole ed i principi del processo»¹⁴⁶. Tale rapporto tendenzialmente alternativo, peraltro, non esclude soluzioni intermedie, che consentono l'esperimento dell'intervento di mediazione anche nel corso del procedimento penale, con eventuale incidenza sull'esito dello stesso. Al riguardo, si è evidenziato come l'esigenza di rinunciare alla pena e al processo allorché il conflitto sia superato in sede di mediazione potrebbe porsi in contrasto col principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Si tratta di rilievo a prima vista fondato, soprattutto se si considera che la mediazione nasce e si afferma in ordinamenti a discrezionalità accusatoria, in cui il pubblico ministero può subordinare la decisione sull'esercizio dell'azione penale all'esito della procedura di mediazione. Tuttavia, tale contrasto non appare insuperabile. Al riguardo, occorre distinguere preliminarmente tra mediazione 'extraprocessuale' e mediazione 'processuale', posto che solo nel primo caso si intravedono rischi di collisione con l'art.112 Cost.

L'attivazione dell'intervento di mediazione fin dalla fase delle indagini preliminari, inoltre, pone un rischio di impatto anche coi principi della presunzione di innocenza e del diritto al silenzio: se l'incontro di mediazione, secondo taluni, implica un'ammissione di responsabilità da parte dell'indagato,

le specifica e, perché no, totale».

¹⁴⁴ BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, cit., 194.

¹⁴⁵ RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 192, precisa che «le due forme di soluzione del conflitto, per i diversi caratteri che le contraddistinguono (conciliativa l'una, autoritativa l'altra), (...) sono configurabili in termini di alternative. E' ovvio che l'apertura di un procedimento diretto ad accertare e a sanzionare la responsabilità dell'indagato vanifica ogni risultato che sia stato possibile conseguire, con l'ausilio del mediatore, da parte di una vittima e di un reo: allorché questi si siano 'riappacificati' e abbiano superato la contrapposizione originata dal fatto delittuoso, la riassunzione del loro contrapposto ruolo di parte offesa e di parte non può che riaprire il conflitto. E, reciprocamente, una volta che l'ordinamento abbia consacrato con sentenza la responsabilità dell'imputato, e abbia quindi sanzionato autoritativamente il soggetto responsabile del conflitto, è arduo, se non addirittura impossibile anche solo ipotizzare diverse modalità, conciliative, di risoluzione».

¹⁴⁶ RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 198.

questi, al tempo stesso, ha diritto a non rendere dichiarazioni *contra se*. Acquisito che la disponibilità dell'indagato a mediare non può essere intesa in tal senso¹⁴⁷ viene in luce l'importanza di assicurare il pieno rispetto del carattere confidenziale dell'incontro di mediazione e di prevedere la non utilizzabilità delle dichiarazioni rese in quella sede.

Quanto al contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, esso si fa derivare dalla mancata previsione legislativa degli effetti conseguenti ad un esito positivo della mediazione svolta nel corso delle indagini preliminari. Una soluzione, in tal senso, potrebbe essere un decreto di archiviazione, in senso analogo a quanto previsto dall'art. 34 co. 2 D.Lgs. n. 274/2000.

Le possibilità di esperire un intervento di mediazione in seguito all'esercizio dell'azione penale, come visto, sono invece molto più ampie, soprattutto dopo i recenti interventi del legislatore. Sul punto, non manca in dottrina chi ritiene che l'inserimento della mediazione nel corso del processo determini un parziale snaturamento dell'istituto, tendente in tal caso ad assumere più i connotati di una alternativa alla pena, che quelli di un vero e proprio strumento di *diversion*¹⁴⁸. L'esercizio dell'azione penale, infatti, darebbe luogo alla stigmatizzazione conseguente all'assunzione del ruolo di imputato e non assicurerebbe interventi rapidi nell'interesse della vittima.

L'interrogativo principale, pertanto, è di stabilire se sia preferibile lasciare che l'intervento di mediazione si collochi nei ristretti margini concessi dal sistema penale ovvero non sia opportuno procedere sulla strada della formalizzazione di tali pratiche 'informali'. Sul punto, emergono posizioni contrastanti: da un lato si auspica un intervento del legislatore teso ad ampliare gli spazi di praticabilità, dall'altro si paventano i rischi derivanti dalla 'istituzionalizzazione'¹⁴⁹, quali la perdita di autonomia¹⁵⁰ e lo snaturamento degli strumenti riparativi¹⁵¹. Si tratta di questione di non poco conto, se si considera che quasi tutti i pro-

¹⁴⁷ In tema di messa alla prova degli adulti, Cass. Pen. Sez. V, n. 24011 del 23.02.2015 (dep. 4.06.2015), in www.iusexplorer.it ha affermato che «deve escludersi che l'ammissione da parte del richiedente del fatto oggetto dell'imputazione rappresenti un requisito per la sospensione del procedimento».

¹⁴⁸ PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 300.

¹⁴⁹ VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità ed formalizzazione*, cit., 143 ss.

¹⁵⁰ PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 289, evidenzia il rischio che le ampie potenzialità della mediazione «vengano ridotte e normativizzate nell'ambito delle istituzioni penali, con un recupero precipitoso non solo di giuridicità, ma anche di contenuto sanzionatorio e coercitivo, analogo - se pur non identico - a quello della pena e del processo 'tradizionali'».

¹⁵¹ PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 18, rileva che la mediazione, nella sua essenza di strumento di pacificazione, va conservata e 'preservata', poiché, afferma, «nel momento in cui essa viene attratta dal sistema della giustizia penale inesorabilmente perde la sua virtù, essa viene violata e prostituita, così che il suo linguaggio alternativo viene irrimediabilmente incluso ed omologato a quello sempre più ricco della pena».

blemi teorici e pratico-applicativi nascono proprio dall'incontro di una pratica informale con le forme e le strutture rigide del diritto e che tutte le riflessioni paiono condizionate dalla tendenza del sistema penale alla cooptazione delle pratiche di mediazione e dei mezzi e tecniche di *restorative justice*. Tale processo di 'riappropriazione' da parte del sistema di giustizia formale delle pratiche consensuali di risoluzione dei conflitti penalmente rilevanti, a ben vedere, per certi versi appare inevitabile, considerato che la loro stessa legittimità e praticabilità dipende dal riconoscimento che il diritto offre mediante inserimento in contesti formali¹⁵².

Secondo autorevole dottrina, però, la ragione 'forte' della tendenza del sistema penale ad includere le pratiche di soluzione consensuale dei conflitti è rappresentata essenzialmente da necessità strutturali di 'egemonia' del sistema del controllo formale, al fine di avvalersi di risorse utili alla razionalizzazione del sistema e per la «implementazione di modalità ritenute 'deflative' rispetto a quelle più proprie e tradizionali di gestione dei conflitti cronicamente afflitte da disfunzionalità generate da processi di crescita ipertrofica»¹⁵³. Da tale istituzionalizzazione, si evidenzia, potrebbe inoltre derivare anche un ulteriore effetto, opposto a quello perseguito, di ampliamento della rete del controllo penale, a causa della inclusione nei processi informali di ciò che oggi, di fatto, sfugge alle maglie del controllo penale¹⁵⁴. A fronte di tali possibili, ma non certo inevitabili, inconvenienti, si ritiene essenziale che il processo di assimilazione avvenga in modo che le istanze del paradigma riparativo non si pieghino alle ragioni del paradigma correzionale¹⁵⁵, mediante un'integrazione che non giunga ad un assorbimento totalizzante e ad una omogeneizzazione tale da far perdere agli strumenti della giustizia riparativa i loro tratti innovativi e peculiari.

Un eventuale intervento legislativo, in primo luogo, dovrebbe assicurare che il ricorso alla giustizia riparativa non sia puramente terminologico; ovvero, andrebbe scongiurato un uso improprio della terminologia¹⁵⁶. Il termine mediazione, ad esempio, dovrebbe essere riservato alle sole ipotesi di incontro vit-

¹⁵² VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità ed formalizzazione*, cit., 133.

¹⁵³ PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 13.

¹⁵⁴ PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 13.

¹⁵⁵ PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 15, riguardo al pericolo di totale snaturamento della mediazione, paventa il rischio che essa venga apprezzata solo ed esclusivamente nella prospettiva rieducativa, come «nuova modalità trattamentale alternativa al processo penale pedagogico, ovvero alla pena rieducativa, ma solo nominalmente perché a quel processo e a quella pena sostanzialmente omologo».

¹⁵⁶ Sulla non neutralità delle scelte terminologiche, MANNOZZI, LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 73 ss.

tima/autore, per distinguerle da tutte le altre in cui vi siano interventi proposti e/o accettati dall'autore, ma senza la partecipazione ed il consenso della vittima; il termine riparazione non dovrebbe essere identificato con quello di risarcimento del danno¹⁵⁷; l'intervento diretto del giudice nella mediazione autore/vittima dovrebbe essere sempre escluso¹⁵⁸, assicurando la procedura esclusivamente ai mediatori. Alla luce di queste considerazioni, appare chiaro che, per ridimensionare il problema del rapporto tra giustizia penale e riparativa, si impone innanzitutto la necessità di una migliore conoscenza degli istituti della giustizia riparativa e, in secondo luogo, la valutazione anche in via sperimentale dei loro effetti non solo in termini di deflazione del carico giudiziario o di indici di recidiva, ma altresì di soddisfacimento delle istanze di parte¹⁵⁹. La 'sfida della mediazione' al sistema di giustizia penale, infatti, non è nella pretesa assunzione di un posizione di concorrenza o alternatività rispetto ad esso, quanto piuttosto nella spinta a ritrovare insieme la legittimità e l'efficacia di un sistema sempre più minato da inflazione normativa e crisi di effettività.

Orbene, se si opta per il recepimento degli strumenti della giustizia riparativa nel sistema positivo, non si può ignorare la tensione tra due contrapposte esigenze: da un lato, le istanze proprie del *restorative paradigm*, ontologicamente orientato al soddisfacimento dei bisogni della persona e della comunità offesa dal reato, dall'altro la tendenza a soddisfare istanze di reinserimento e recupero sociale. Le varie proposte possono includere soluzioni di compromesso più o meno 'sbilanciate' verso l'uno o l'altro modello. In ordine alla collocazione di un intervento di mediazione, la dottrina individua, infatti, tre possibili soluzioni, dalla più prossima al paradigma riparativo alla più lontana¹⁶⁰: a) la soluzione più vicina alla 'natura' e alla logica della mediazione è quella attivata in fase di indagini preliminari, quale forma di *diversion* processuale, prima e al di fuori del processo; b) la soluzione intermedia colloca la mediazione nella fase preprocessuale, con la valutazione della stessa nel corso del processo. In questo caso, si evitano condanna e pena, ma non il processo; c) la soluzione più distante dal paradigma riparativo vede la mediazione collocata all'interno del processo, con assunzione dei connotati di una vera e propria misura alternativa alla pena, ovvero come modalità trattamentale orientata a scopi specialpreventivi.

¹⁵⁷ GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, cit., 27.

¹⁵⁸ Cfr. le osservazioni sulla legge che disciplina la mediazione penale in Belgio, espresse da VAIRA, *La mediazione penale in Belgio*, in PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, cit., 111 s.

¹⁵⁹ UMBRETT, ROBERTS, *La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds*, cit., 71 ss.

¹⁶⁰ PAVARINI, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 16 ss.

Sulla base di tali premesse, la soluzione più confacente potrebbe essere l'introduzione di una forma di 'discrezionalità controllata' in cui l'esito positivo di un intervento di mediazione trovi recepimento in una richiesta di archiviazione del pubblico ministero e in un conforme provvedimento giurisdizionale. Tale forma di *diversion*, in ogni caso, dovrebbe porsi in posizione di sussidiarietà rispetto ad altre ipotesi di archiviazione o non luogo a procedere, analogamente a quanto avviene in altri ordinamenti¹⁶¹. In tal modo, verrebbe neutralizzato il rischio che la mediazione possa divenire uno strumento di espansione del controllo penale causato dalla occupazione di spazi di controllo sociale 'ulteriori' rispetto a quelli già coperti dal diritto penale, con ciò salvaguardando la funzione della mediazione come strumento di restrizione dell'intervento penale¹⁶². Tale soluzione, inoltre, consentirebbe il superamento delle obiezioni relative alla violazione del principio di uguaglianza *sub specie* obbligatorietà dell'azione penale. Al contempo, si sottoporrebbe l'esito della mediazione al costante controllo del giudice, affinché sia assicurato il rispetto dei fondamentali principi di garanzia¹⁶³.

Considerato che da più parti si auspica un cambiamento culturale che consenta una maggiore diffusione ed accettazione degli strumenti della giustizia riparativa e che ancora numerosi sono i temi su cui la discussione resta aperta, è legittimo supporre che il dibattito in tema di giustizia riparativa sia destinato a crescere e svilupparsi ulteriormente. Le attente riflessioni della dottrina, tuttavia, consentono di considerare come acquisiti alcuni punti: a) la mediazione penale è istituto autonomo e tale autonomia trova espressione sia nella posizione e nel ruolo del mediatore, che nei rapporti con il processo penale; b) la pratica e la 'logica' della mediazione evidenziano che le sue potenzialità si esplicano al meglio nelle prime fasi del procedimento penale: l'intervento giurisdizionale 'autoritativo', infatti, provoca la radicalizzazione del conflitto e lascia poco spazio a soluzioni conciliative; la mediazione nel corso del processo o in fase di esecuzione è considerata meno efficace; c) la mediazione permette alle parti di esprimere il proprio vissuto al di fuori di ruoli predeterminati, consentendo di valorizzare la prospettiva relazionale, proponendosi come un «gioco in cui o vincono tutti o non vince nessuno»¹⁶⁴; d) la mediazione consente di soddisfare le istanze delle vittime, prevenendo sentimenti di insicurezza individuale e collettiva; e) la mediazione favorisce la

¹⁶¹ DUNKEL, *La mediazione (Täter- Opfer- Ausgleich) in Germania*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 117 ss.

¹⁶² PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile: spunti per una sintesi*, cit., 293.

¹⁶³ BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'ufficio di Milano*, cit., 66.

¹⁶⁴ BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, cit., 1574.

responsabilizzazione dell'autore e la percezione del vissuto di sofferenza della vittima, in quella che è stata definita come «l'unica vera forma di educazione alla legalità»¹⁶⁵; f) la mediazione favorisce l'atto di riparazione spontaneo, quale inizio o esito della composizione del conflitto; g) la mediazione si pone come valido strumento di politica criminale in funzione preventiva. Si tratta, dunque, di approntare le basi teoriche per proposte di riforma che - superando i dubbi di compatibilità costituzionale - introducano forme risarcitorie e riconoscano spazio agli altri strumenti di *restorative justice* che, valorizzando il "bisogno di riparare", consentano di ridurre il "bisogno di pena"¹⁶⁶.

Con questo non si vuol certo dire che il dibattito sulla mediazione possa considerarsi giunto al termine e che sia ora di por mano alle riforme. Al contrario, possono condividersi le preoccupazioni della dottrina in relazione ai rischi derivanti da interventi legislativi affrettati e non fondati sui risultati di esperienze concrete, su dati empirici di progetti-pilota, su ricerche, anche comparate¹⁶⁷, e analisi approfondite. Il pericolo, infatti, è quello di scelte normative premature che, incidendo su fondamentali categorie sostanziali e garanzie processuali penali, determinino un pericolo di arretramento in termini di garanzie, oltre che di stravolgimento di ruolo e funzione propria del modello di *restorative justice* e, in particolare, della mediazione penale. Per questo motivo, si deve ritenere che eventuali punti di arrivo delle riflessioni sul tema debbano essere considerati al tempo stesso come punti di partenza per nuove riflessioni e proposte, all'interno di un dibattito che esige, in primo luogo, che si diffonda la pratica e la cultura della mediazione, affinché si arrivino a comprendere fino in fondo le ragioni, a nostro avviso pienamente condivisibili, per le quali la dottrina ritiene che la mediazione - e non solo in ambito minorile - sia «un tema sul quale vale la pena investire qualcosa di più di una semplice scommessa»¹⁶⁸.

6. Il *restorative paradigm* e il paradosso relazionale nel diritto penale contemporaneo.

La crisi del *Welfare State* (che si è visto essere considerata tra le cause principali all'origine del successo delle pratiche di *restorative justice*) non pare sia stata superata e, anzi, allo stato attuale sembra essersi ulteriormente aggravata, anche per effetto della forte accelerazione e trasformazione, a livello globale, impressa ai rapporti economici, culturali, sociali e giuridici tale da svuotare di

¹⁶⁵ BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, cit., 1574.

¹⁶⁶ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 9.

¹⁶⁷ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 43 ss.

¹⁶⁸ CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 19.

contenuto e porre in crisi i concetti stessi di democrazia e sovranità nazionale¹⁶⁹. Al riguardo, e per comprendere meglio quale sarebbe la portata innovativa del cambio di paradigma richiesto dal modello di *restorative justice*, non solo nel settore penale, ma a tutti i livelli del vivere sociale, ci si richiama direttamente alle considerazioni di chi con estrema lucidità e notevole capacità di lettura dei fenomeni in atto ci descrive la realtà attuale e in rapida trasformazione di molte democrazie occidentali: «Nei paesi della cosiddetta Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) sono già visibili le conseguenze sociali di una abdicazione [*Abdankung*] della politica. Nel perseguire l'obiettivo della competitività economica internazionale, la politica finisce per accettare alti tassi di disoccupazione strutturale e lo smantellamento dello stato sociale. Le fonti della solidarietà sociale inaridiscono, tanto da diffondere condizioni di vita dell'*ex* Terzo mondo nelle metropoli del Primo. Queste tendenze confluiscono nel fenomeno di una nuova "sottoclasse": sviante etichetta al singolare con cui i sociologi designano un fascio di gruppi marginalizzati che risultano "tagliati fuori" dal resto della società. Alla *underclass* appartengono tutti quei gruppi pauperizzati che vengono abbandonati a loro stessi, non potendo più modificare la loro posizione sociale con le proprie forze. Essi non dispongono più di un potenziale di minaccia, proprio come le regioni immiserite del mondo nei confronti delle regioni sviluppate. Naturalmente questo tipo di emarginazione non significa che le società "de solidarizzate" non debbano poi subire *conseguenze politiche* da questa arbitraria "amputazione" di porzioni della popolazione. Sul lungo periodo ci scontriamo con almeno tre conseguenze. Una sottoclasse produce nella società tensioni che si scaricano in rivolte anarchiche e autodistruttive, controllabili soltanto con strumenti repressivi. Allora la costruzione delle prigioni, e più in generale l'organizzazione della sicurezza interna, diventa l'industria portante. In secondo luogo, emarginazione sociale e immiserimento fisico non sono territorialmente circoscrivibili: il veleno dei ghetti s'infiltra a macchia d'olio nei centri urbani e regionali, fissandosi ai pori dell'intera società. In terzo luogo, ciò produce una erosione morale della società che non può non danneggiare il nucleo universalistico delle comunità repubblicane. La legittimità delle procedure e delle istituzioni risulta effettivamente logorata quando le decisioni maggioritarie, pur essendo formalmente corrette, riflettano unicamente le paure, o le reazioni di autodifesa, di un ceto medio minacciato di declassamento. Su questa via si compromette in maniera irreversibile la conquista più caratteristica dello stato-nazione, vale a dire una integrazione della popolazio-

¹⁶⁹ HABERMAS, *Lo stato-nazione europeo*, cit., 119 s.

ne ottenuta tramite partecipazione democratica»¹⁷⁰.

In tale contesto, si osserva, le regole prodotte nel sistema, non più espressione di sovranità popolare e di valori comuni e condivisi, si trasformano in meri ‘riduttori di incertezze’¹⁷¹ produttivi di livelli di ingiustizia sempre crescenti. Il sistema penale, anch’esso non più capace di perseguire la certezza nella disciplina dei rapporti, incrementa progressivamente il livello di irrazionalità e di ingiustizia¹⁷² già insito nel suo congenito carattere di strumento selettivo, funzionale al potere dominante¹⁷³. Esso, nei termini in cui perde capacità di aggregazione dei consensi intorno a valori comuni e si fa espressione di scelte di paura e di reazioni difensive dei ceti minacciati, finisce per divenire strumento di mera repressione e controllo cui, peraltro, la dottrina fornisce giustificazioni e basi teoriche a diversi livelli, come ben evidenziato dal grado di elaborazione dottrinale cui è giunta la differenziazione proposta tra Cittadino e Nemico, a giustificazione dell’esclusione di taluni soggetti dalle garanzie del diritto, ‘meritata’ in virtù di condotte o caratteristiche personali¹⁷⁴. Orbene, nel momento in cui il diritto diviene strumento di esercizio di violenza irrazionale¹⁷⁵ si pongono in atto le premesse di una patologia nella comunicazione che, al pari di quanto avviene nelle relazioni interpersonali, lungi dal risolverli, radicalizza e perpetua la violenza ed i conflitti di cui essa è espressione¹⁷⁶. Le istituzioni, cioè, veicolano messaggi dai contenuti fortemente contraddittori, poiché con le forme del diritto anziché contenuti di pacificazione, trasmettono sempre più spesso contenuti di vendetta e/o violenza. Tale paradosso nella comunicazione può essere superato solo attraverso l’introduzione di un elemento che, dall’esterno, interrompe la patologia della punteggiatura della sequenza di eventi (e ciò vale tanto a livello di comunicazione intraindividuale quanto a livello intrastatale)¹⁷⁷. In questo contesto, l’idea di giustizia riparati-

¹⁷⁰ HABERMAS, *Lo stato-nazione europeo*, cit., 136. (Il corsivo è dell’Autore).

¹⁷¹ HABERMAS, *Lo stato-nazione europeo*, cit., 119 ss., 139.

¹⁷² RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, Jg.1-Nr5, 107.

¹⁷³ ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it., Napoli, 1994, 32 ss.

¹⁷⁴ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS (Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht)*, in <http://www.hrr-strafrecht.de>, 2004, 3, 89 ss.

¹⁷⁵ Sulle tendenze autoritarie di un sistema che travalica i limiti posti dalle garanzie, MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 14 ss., 205 ss., 267; BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 444 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 325 ss. Sulla naturale tendenza del sistema penale a forzare i limiti posti dalle garanzie e divenire violenza folle ed irrazionale, v. ZAFFARONI, *È possibile un contributo efficace del diritto penale alla prevenzione dei crimini contro l’umanità?*, in *Crit.dir.*, 2010, 230.

¹⁷⁶ WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi delle patologie e dei paradossi* (1967), trad. it., Roma, 1971, 48 ss., 186.

¹⁷⁷ WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana*, cit., 48 ss. e 83 ss.

va, dal momento che si pone in netta contrapposizione e in alternativa all'idea di giustizia retributiva¹⁷⁸, consente al sistema di liberarsi dal suo originario 'nocciolo retributivo' ovvero dal suo residuale ed arcaico contenuto di vendetta che, come visto, provoca la ulteriore radicalizzazione del conflitto. Attesa la necessità di non trascurare la dimensione comunicativa del trattamento penale, in stretta correlazione con l'effettivo conseguimento delle finalità dichiarate¹⁷⁹, è, infatti, proprio la valorizzazione dell'aspetto comunicativo-relazionale diretta ad aprire gli spazi di comunicazione ostacolati dal conflitto, che consente alla giustizia riparativa di conseguire un obiettivo «più *irenico* che polemico»¹⁸⁰. Il cambio di paradigma che essa impone, fa sì che il diritto - incluso il diritto penale - cessi di essere belligerante, per tornare alla fisiologia della comunicazione relazionale (tra individui e tra individui e istituzioni), recuperando la propria essenziale funzione di strumento di pacifica convivenza tra soggetti eguali e diversi¹⁸¹.

¹⁷⁸ MOSCONI, *La giustizia riparativa. Definizione del concetto e considerazioni sull'attuale interpretazione da parte della magistratura italiana*, in *Antigone*, 2008, III, 2, 20; FAGET, *La mediazione penale. Un passo verso la giustizia 'riparatoria'*, cit., 34.

¹⁷⁹ EUSEBI, *La pena in crisi*, cit., 119 s. osserva: «la ricerca di una soluzione comunicativa dei conflitti sul piano extrapenale, non può in altre parole autorizzare la società che punisce - ove essa stessa ritenga che esigenze preventive impediscano la depenalizzazione - ad escludere ogni dimensione comunicativa nell'ambito della pena. Identificare d'altra parte comunicazione con manipolazione e, dunque, il massimo rispetto dell'individuo con l'abbandono del medesimo a sé stesso, appare un eccesso di matrice individualistica che ben poco ha a che fare con la salvaguardia dei diritti dell'uomo».

¹⁸⁰ FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, cit., 21.

¹⁸¹ Sui principi di una inclusione 'sensibile alle differenze', HABERMAS, *Inclusione: coinvolgere o assimilare?* in *L'inclusione dell'altro*, cit., 155 ss.